Der Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

BERNHARD KÖLLER

Gerichtsreferendar

aus Bietikow U/M.

MARBURG 1934

DISSERTATIONSVERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 29. April 1933.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Manigk.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

MEINEN ELTERN.

SCHRIFTTUM.

Amira: Grundriß des germanischen Rechts. 3. Aufl. Straßburg 1913.
Baumeister: Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg. I. Bd. Hamburg 1856.
Beseler: System des deutschen Privatrechts. I. Bd. Berlin 1885.
Brütt: Die Kunst der Rechtsanwendung. Berlin 1907.
— Die abstrakte Forderung. Berlin 1908.
Dernburg: System des Römischen Rechts. I. Teil, 8. Aufl. Berlin 1911.
— Pandekten. I. Bd. 7. Aufl. Berlin 1902.
— Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. I. Bd. 5. Aufl. Halle 1894.
— Die allgemeinen Lehren. Halle 1902.
Düringer-Hachenburg: Das HGB. IV. Bd. 3. Aufl. Berlin 1932.
Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I. 1./2. Auflage. Berlin 1903.
Ernst: Die Entstehung des deutschen Grundeigentums. Stuttgart 1926.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I, 1. Bd. 13. Bearb. von Nipperdey. Marburg 1931.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Ewald: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten. Jherings Jahrbücher Bd. 76 S. 233 ff.
Gierke: Deutsches Privatrecht. I. Bd. Leipzig 1895; II. Bd. Leipzig 1905.
Hälbig: Der mittelbare Eigentumserwerb des Nichtberechtigten (Diss.). Berlin 1929.
Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.
Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. I. Bd. Leipzig 1903. III. Bd. Leipzig 1909.
— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Homeyer: Des Sachsenspiegels erster Teil (nach der Berliner Handschrift v. J. 1396.) 3. Ausg.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. Aufl. Leipzig 1930.
Jaeger: Kommentar zur KO. 6./7. Aufl. I. Bd. Berlin 1931.
— Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses. Berlin 1905.
Kiehl: Tragweite des guten Glaubens eines fiduziarischen Rechtserwerbs. JW. 1922, I. S. 787 ff.
Leonhard, Fr.: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Lobe: Das BGB. I. Bd. III. Aufl. Berlin 1921.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
Mentzel: Kommentar zur KO. 4. Aufl. Berlin 1932.
Oertmann: BGB. I. Buch, Allg. Teil, 2. Aufl. Berlin 1908.
— Ersitzung und Bereicherungshaftung. Das Recht 1910, S. 585 ff.
— Wandlung gegenüber dem verkaufenden Pfandgläubiger. Jur. Rundschau 1930. I. d. S. 169 ff.
Planck: Kommentar zum BGB. I. Bd. IV. Aufl. Berlin 1919. III. Bd. IV. Aufl. Berlin 1920.
Regelsberger: Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten. Jher. Jahrb. d. 47 S. 339 ff.
Reichel: Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb. Grünhuts Zeitschrift Bd. 42 S. 173 ff.
Romeick: Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft III, Rechtsnachfolge. Stuttgart 1904.
Savigny: System des heutigen Römischen Rechts. III. Bd. Berlin 1840.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Soergel: BGB. I. Bd. Stuttgart 1929.
Sohm: Institutionen. 17. Aufl. bearbeitet von Mitteis. Leipzig 1928.

Staub: Kommentar zum HGB. 14. Aufl. III. Bd. Berlin 1933.
Staudinger: Kommentar zum BGB. I. Bd. 9. Aufl. Berlin 1925. III. Bd., 1. Teil 9. Aufl. Berlin 1926. II. Bd., 2. Teil 9. Aufl. Berlin 1928.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. bearbeitet von Lehmann, II. Bd., 1. Teil. Berlin 1896.
— Geschichte der deutschen Rechtsquellen. II. Abt. Braunschweig 1864.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Teil, 1. Hälfte. Leipzig 1914; II. Teil, 2. Hälfte Leipzig 1918.
Warneyer: Kommentar zum BGB. I. Bd. Tübingen 1930.
Weber: Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten (Diss.). Breslau 1914.
Wendt: Erwerb von einem Nichtberechtigten. Arch f. d. Civil. Praxis, Bd. 89 S. 1 ff.
Wolff, Martin: Das Sachenrecht. 9. Bearb. Marburg 1932.

INHALT

Seite

I. Geschichtlicher Rückblick.

1. Das mittelalterliche deutsche Recht 1
2. Das römische Recht 2
3. Die Entwicklung zum geltenden Recht 4

II. Das geltende Recht.

1. Der Eigentumserwerb des Dritten 6
2. Das für den Rückerwerb eintretende Schrifttum 8
3. Lösungsversuch mit Hilfe des dem § 166 Abs. 2 HGB. zugrunde liegenden Rechtsgedankens 13
4. Praktische Anwendung 20
   a) Der Nichtberechtigte verfügt auflösend bedingt
   b) Das dingliche Rechtsgeschäft wird angefochten
   c) Anfechtung des Kausalgeschäfts, Wandlung, Rücktritt
   d) Sicherungsübereignung
5. Eigentumsrückerwerb auf Grund eines neuen Kausalgeschäftes 26
6. Die §§ 2366, 892 BGB. und 366 HGB. 30
7. Das Erlöschen des Anwartschaftsrechtes 36
8. Die Lösung 39

I. GESCHICHTLICHER RÜCKBLICK.

Die Frage, deren Erörterung und weiteren Klärung diese Schrift dient, ist folgende: kann jemand (der Nichtberechtigte), der unbefugt eine fremde Sache auf einen anderen (den gutgläubigen Dritten) überträgt, das Eigentum an dieser Sache erlangen, wenn er sie von dem Dritten zurückerhält oder zurückerwirbt? — Bevor zu dieser Frage nach geltendem Recht Stellung genommen wird, soll sie in kurzen Zügen von den Rechtssystemen aus betrachtet werden, aus denen unser heutiges Recht hervorgegangen ist.

Da ein Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten in den weitaus meisten Fällen nur dann möglich sein wird, wenn der Dritte selbst Eigentümer der betreffenden Sache geworden war, so ist zunächst klarzustellen, ob ein solcher Eigentumserwerb des Dritten nach den verschiedenen, hier maßgeblichen Rechtssystemen überhaupt angängig war. Mit einer Verneinung dieser Frage würde das hier zu behandelnde Problem überhaupt in Fortfall kommen.

1. Das mittelalterliche deutsche Recht.

Dem deutschen Recht war ein Eigentumserwerb durch die Verfügung eines Nichtberechtigten unbekannt. Wohl grenzte die rechtliche Stellung des Dritten, dem von einem Nichtberechtigten eine Sache übertragen wurde, stark an die eines Eigentümers; denn dem wahren Eigentümer war kein Mittel in die Hand gegeben, in diesem Falle von dem Dritten sein Eigentum herauszuverlangen. Zurückzuführen ist dies darauf, daß nach deutschem Recht dem Eigentümer nur dann eine Klage aus dem Eigentum gegeben war, wenn die betreffende Sache seiner Gewere gegen seinen Willen entzogen worden war (Anfangsklage). Hatte er die Sache dagegen freiwillig fortgegeben (an einen Mieter, Pächter oder dergl.), so galt der das gesamte deutsche Fahrnisrecht beherrschende Grundsatz: Hand muß Hand wahren (fries.: hond scel hond wera; mnd.: hant schal hant waren) [1]). Hierdurch wurde der Eigentümer lediglich auf die Besitzklage verwiesen, die er wiederum nur gegen den erheben konnte, dem er den Besitz (die Gewere) überlassen hatte. Im Sachsenspiegel I, 2 Art. 60, § 1 kommt dies folgendermaßen zum Ausdruck: Svelk man enen anderen liet oder sat perde, oder en kleid, oder ienegerhande varende have, to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verkoft sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder verspelet he sie, oder wert sie ime verstohlen oder afgerovet; jene

1) vgl. Amira a.a.O. § 64 (S. 204).

die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar neve vordernge up hebben, ane uppe den, dem he sie leich oder versatte[2]).

Durch den Vertrauensbruch des Nichtberechtigten ging nun aber dieser Anspruch nicht etwa unter, was gleichbedeutend mit Verlust des Eigentums gewesen wäre, sondern er konnte jederzeit wieder geltend gemacht werden, sobald seine Voraussetzungen vorlagen; denn auch eine Ersitzung des Eigentums war dem älteren deutschen Recht nicht bekannt[3]). Veräußerte also der Nichtberechtigte eine fremde Sache, so war zwar der Dritte gegen den Eigentümer geschützt, solange sich die Sache in seiner oder in der Gewere eines Vierten befand. Kam die Sache aber durch irgend einen Umstand in die Gewere des Nichtberechtigten zurück, so konnte der Eigentümer sein Eigentum jederzeit geltend machen und die Sache von dem Nichtberechtigten herausverlangen[4]), ohne daß der Dritte rechtlich dagegen angehen konnte. Das Problem der hier zu erörternden Frage — Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten — war also in dem germanischen Fahrnisrecht nicht gegeben. Der Eigentümer einer Sache konnte auf diesem Wege sein Eigentum nicht verlieren.

Auch wenn man das altdeutsche Liegenschaftsrecht von diesem Standpunkt aus betrachtet, kommt das hier zu behandelnde Thema nicht zum Zuge. Einmal scheitert es daran, daß in der ältesten Zeit ein Eigentumsrecht des Einzelnen an Grund und Boden nicht bestand, ein Eigentumserwerb des Einzelnen hieran also gar nicht möglich war[5]). Selbst als dann aber später das Eigentumsrecht des Einzelnen an Grund und Boden rechtlich anerkannt wurde, war die Übertragung dieses Rechtes durch gewisse Formvorschriften (Vornahme vor Zeugen; später sogar prozessuale Auflassung)[6]) so erschwert und durch die Wirksamkeitsvoraussetzung, daß der Verfügende Eigentümer sein müsse, so begrenzt, daß für die Verfügung eines Nichtberechtigten kein Raum blieb.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß die Frage, ob der Nichtberechtigte Eigentümer der unbefugt an einen anderen veräußerten Sache werden könne, dem mittelalterlichen deutschen Recht fremd war.

2. Das römische Recht.

Auch im römischen Recht erwarb der Dritte mit der Übertragung einer Sache durch einen Nichtberechtigten kein Eigentum[1]). Es galt hier der Satz: nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet[2]), der für die Übertragung des Eigentums noch besonders durch D. 41, 1, 20 pr. ergänzt wird, wo es heißt:

---

2) entnommen aus Homeyer a.a.O. S. 288/89.
3) vgl. Hübner, a.a.O. § 64, S. 468 und Sachsenspiegel I, 3 Art. 83, § 2.
4) vgl. Hübner, a.a.O. § 63, S. 467; Gierke, a.a.O. § 134, S. 561.
5) vgl. Hübner, a.a.O. § 31, S. 241 ff. und Ernst, Die Entstehung des deutschen Grundeigentums S. 2 ff. insb. S. 12.
6) vgl. Hübner, a.a.O. § 34, S. 256 ff.

traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert [3]). Das Recht des Eigentümers war hier aber durch die rei vindicatio erheblich weitgehender als im mittelalterlichen deutschen Recht geschützt. Der Eigentümer konnte, sobald gewisse Voraussetzungen unter Beweis gestellt waren, die unbefugt übertragene Sache auf dem Klagewege von jedem Dritten herausverlangen, gleichgültig ob er beim Erwerb gutgläubig war oder nicht. An den bestehenden Eigentumsverhältnissen wurde also durch die Übertragung der Sache nichts geändert; insoweit konnte auch hier ein Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten nicht in Frage kommen.

Selbst in den angeführten Ausnahmefällen, in denen der Dritte von einem Nichteigentümer kraft Gesetzes Eigentum erwarb, war eine Rückübertragung des Eigentums ohne ein neues Kausalgeschäft nicht möglich; das Recht fiel vielmehr kraft Gesetzes (D. 20, 6, 10) an den ehemals Berechtigten zurück.

Nun war aber schon dem ältesten römischen Recht die Ersitzung des Eigentums an einer fremden Sache durch Zeitablauf bekannt, so daß der gutgläubige Dritte zwar nicht durch die Übertragung des Nichtberechtigten, wohl aber durch nachfolgende Ersitzung das Eigentum an der übertragenen Sache erlangen konnte [4]). Trat dies ein und konnte jetzt der Nichtberechtigte auf Grund irgend eines Anspruchs die Übertragung des Eigentums von dem Dritten verlangen, so entstand damit auch die Frage, ob ein solcher Eigentumsrückerwerb des Nichtberechtigten billig und überhaupt dem früheren Eigentümer gegenüber rechtswirksam sein könne. Diese Frage ist durch D. 39, 6, 13 pr. eindeutig beantwortet. Dort heißt es: si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero [5]). Die Begründung für dieses Recht des Nichtberechtigten ergibt sich aus D. 39, 6, 33: qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo, videretur cepisse, cuius res fuisset, sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset [6]).

---

1) Ausnahmen bestanden bei Verfügungen des Pfandgläubigers (Inst. 2, 8, 1), des Fiskus und des Kaiserhauses (Inst. 2, 6, 14).

2) so D. 50, 17, 54 (Ulpian).

3) Die Übergabe darf oder kann nichts weiter auf den Empfänger übertragen, als der Übergeber besitzt. Wenn also jemand Eigentümer eines Grundstücks gewesen ist, so überträgt er das Eigentum mit der Übergabe; war er es nicht, so überträgt er auch kein Eigentum auf den Empfänger.

4) vgl. Inst. 2, 6 pr.

5) Wenn ich eine fremde Sache für den Fall meines Todes verschenke und sie ersessen wird, so kann sie nicht der ehemals Berechtigte kondizieren, sondern ich, wenn ich wieder genesen bin.

6) Wer eine fremde, für den Todesfall übergebene Sache ersitzt, scheint sie nicht von dem erhalten zu haben, der Eigentümer der Sache war, sondern von dem, der ihm die Ersitzung ermöglicht hat.

Hier war also auch im römischen Recht dem Nichtberechtigten die Möglichkeit gegeben, das Eigentum an der unberechtigt veräußerten Sache durch Rückübertragung zu erlangen. Wenn Ewald [7]) diese Möglichkeit lediglich auf die Fälle beschränken will, in denen auch in der Person des Nichtberechtigten alle Voraussetzungen der Ersitzung gegeben sind, so ist dem entgegenzuhalten, daß sich eine solche Beschränkung nicht aus dem Text ergibt. Auch der von Ewald festgestellte Widerspruch, der sich bei der hier vorgenommenen Auslegung dieser Stellen mit D. 20, 6, 10, 1 ergeben soll, ist nur unter bestimmten Voraussetzungen vorhanden. Denn in D. 20, 6, 10, 1 verschafft doch der Verfügende dem gutgläubigen Dritten bereits durch seine Übertragung Eigentum an der betreffenden Sache, da es sich hier ja um Personen handelt, die zu einer solchen Verfügung berechtigt sind. In den anderen Fällen tritt jedoch dieser Eigentumserwerb erst durch die nachfolgende Ersitzung des Gutgläubigen ein, so daß diesen Stellen ein ganz anderer Tatbestand zugrunde liegt! Ein Widerspruch zwischen diesen verschiedenartigen Regelungen entsteht vielmehr erst dann, wenn der Sachverhalt von D. 39, 6, 13 pr sich mit D. 20, 6, 10, 1 deckt, d. h. wenn ein Pfandgläubiger eine Sache veräußert hat und bei der Rückübertragung auf ihn in der Person des Dritten alle Erfordernisse einer Ersitzung des Eigentums an der betreffenden Sache gegeben sind. In einem solchen Fall muß man D. 39, 6, 13, pr als lex specialis gegenüber D. 20, 6, 10, 1 ansehen, da es andernfalls unverständlich wäre, daß jemand, der unberechtigt über eine fremde Sache verfügte, durch einen Rückerwerb dieser Sache mehr Recht daran erlangen könnte als der, der berechtigt war, die Sache zu veräußern.

Diese bereits im Römischen Recht gegebene Beantwortung der Frage nach dem Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten ist sehr beachtlich, obgleich es sich dabei nur um einen einzigartig gelagerten Fall handelt.

Da der Eigentumserwerb an Grundstücken sich bei den Römern in gleicher Weise vollzog wie der an beweglichen Sachen, so erübrigt sich in dieser Hinsicht eine besondere Erörterung.

3. Die Entwicklung zum geltenden Recht.

Mit dem Vordringen des römischen Rechts in Deutschland mußte sich notwendigerweise ein Konflikt zwischen dem deutschrechtlichen „Hand wahre Hand"-Prinzip und dem völlig anders gearteten römischrechtlichen Vindikationsgedanken entspinnen. Daß in diesem Widerstreit weder das deutsche noch das römische Recht allein den Vorrang erhielt, sondern ein Kompromiß zustande kam, ist bei den grundverschiedenen Ansichten, welche die beiden Rechtssysteme gerade in dieser Frage vertraten, verständlich.

7) Ewald, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten. Jher. Jahrb. Bd. 76 S. 312 f.

Wie allmählich die römischrechtliche Vindikation das deutsche Fahrnisrecht beeinflußte, zeigt sich zuerst und einwandfrei [1]) im Hamburger Stadtrecht, II. Teil, Tit. 2, Art. 7, in dem es heißt: Welcher Mann dem andern leihet sein Pferd, Kleid, oder was es für Gut sey, und auf wasserley Weise er das aus seinen Wehren lässet, mit seinem Willen; und verkauft es derjenige, der es in seinen Wehren hat, oder versetzt er dasselbige, oder wird es ihm abgeraubet oder abgestohlen; So mag derjenige, der es erstlich verliehen oder versetzt hat, darauf wieder den Einhaber desselben, wofern derjenige solches mit gutem Titel an sich gebracht, keine Forderung haben, sondern muß sich deswegen an denselben, welchem er es geliehen oder versetzt hat, oder so derselbige verstorben, an dessen Erben halten [2]). Während diese Stelle sonst noch ganz dem weiter oben wiedergegebenen Recht des Sachsenspiegels entspricht — das auch dem Hamburger Stadtrecht zugrunde lag —, zeigt doch die Einfügung des Zwischensatzes, nach dem für einen Schutz gegen Ansprüche des Eigentümers ein „guter Titel" [3]) verlangt wird, bereits eine Abschwächung des „Hand wahre Hand"-Prinzips durch den sich geltend machenden Einfluß des römischrechtlichen Vindikationsgedankens.

Hierbei blieb die Entwicklung aber nicht stehen, sondern über das Allgemeine Landrecht [4]) kam sie erst in dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch zu ihrem Abschluß. Art. 306 dieses Gesetzbuchs schrieb vor: Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der Erwerber das Eigentum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war. Diesem Grundsatz hat sich dann auch — abgesehen von einigen Einschränkungen — das Bürgerliche Gesetzbuch angeschlossen und „mit dieser Fortbildung des Satzes ‚Hand wahre Hand' dessen relative Wirkung zur absoluten gesteigert" [5]).

II. DAS GELTENDE RECHT.

Das geltende Recht baut in gleicher Weise wie das römische auf dem Grundsatz auf, daß im allgemeinen niemand mehr Recht auf einen anderen übertragen kann, als er selbst besitzt. Gegen das Vorhandensein dieser Grundregel spricht nicht, daß das Gesetz selbst

---

1) Anderer Ansicht, aber ohne jede Begründung, Stobbe: Gesch. der d. Rsqu. II. Abt. § 78 II, S. 309.

2) entnommen aus: Der Stadt Hamburg Statuten und Gerichtsordnung (1603). Hamburg 1771.

3) hierunter fällt auch der gute Glaube. Vgl. Baumeister a.a.O. § 35, III. S. 250; Beseler a.a.O. § 85 Anm. 12 (S. 338); Seuff. Arch. Bd. 47 Nr. 9 (S. 14).

4) vgl. die Verweisung des ALR. I. 10 § 3 auf I. 15 § 42 ff.

5) so Gierke a.a.O. § 134 S. 566.

zahlreiche Fälle geschaffen hat, in denen sie nicht anwendbar ist, sondern das Gegenteil gebilligt wird. Wenn solche Fälle geschaffen worden sind, so handelt es sich lediglich um Ausnahmen, die aus dem Gesichtspunkt der Billigkeit heraus als notwendig erschienen. Auch in dem hier vorliegenden Eigentumserwerb von einem Nichtberechtigten — oder besser von einem nicht zur Verfügung Berechtigten — liegt eine solche Annahme vor, die gesetzlich in den §§ 932, 2366 und 892 BGB., sowie § 366 HGB. festgelegt worden ist. Ist der gesetzliche Tatbestand dieser Paragraphen verwirklicht worden, so hat der Erwerber einer Sache ein viel weitergehendes Recht erlangt, als der Veräußerer für sich selbst in Anspruch nehmen konnte.

Hier ist nun zu erörtern, ob sich auch der Nichtberechtigte auf das von dem Dritten gutgläubig erworbene Recht berufen kann, wenn ihm die unbefugt veräußerte Sache aus irgendeinem Grunde zurückgewährt wird. Beschränkt ist diese Erörterung auf den gutgläubigen Eigentumserwerb, wie ihn insbesondere § 392 BGB. vorsieht. Weiterhin sollen auch keine schuldrechtlichen Ansprüche berücksichtigt werden, auf Grund deren der alte Eigentümer von dem Nichtberechtigten in den Fällen, in denen letzterer von dem Dritten Eigentum zurückerwirbt, eine Übertragung dieses Eigentums verlangen könnte. Die hier vorgenommene Untersuchung erstreckt sich vielmehr lediglich auf die Frage, ob der Nichtberechtigte überhaupt und unter welchen Voraussetzungen von dem gutgläubigen Dritten Eigentum erwerben kann. Bevor aber auf einen solchen Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten eingegangen wird, ist eine kurze Stellungnahme zu der Frage, welcher Art dieser Eigentumserwerb des Dritten ist, erforderlich. Eine tiefgreifende Erörterung dieses Problems ist aber nicht beabsichtigt und liegt auch nicht im Rahmen dieser Abhandlung [1]).

1. Der Eigentumserwerb des Dritten.

Vertreten werden in dieser Hinsicht hauptsächlich zwei völlig entgegengesetzte Ansichten. Nach der einen kann der Eigentumserwerb des gutgläubigen Dritten nur als originär, nach der anderen dagegen nur als derivativ bezeichnet werden. Einerseits wird geltend gemacht, daß für einen ursprünglichen Erwerb insbesondere der Umstand spräche, daß hier jemand über ein Recht verfüge, das ihm selbst nicht zustehe und zu dessen Übertragung er auch in keiner Weise berechtigt worden sei. Wenn nun trotzdem dieses Recht durch einen gutgläubigen Erwerb entstehe, so könne es nur ursprünglicher aber nie abgeleiteter Natur sein. Weiterhin wird hervorgehoben, daß der Grund des Eigentumserwerbs allein der gute Glaube des Dritten sei, also völlig in seiner Person liege und daß der gutgläubige Eigen-

1) Literatur hierzu und deren Würdigung bei v. Tuhr a.a.O., II. 1 § 44 S. 52 ff.

tumserwerb von vornherein als ein die ordentliche Ersitzung ersetzender vorgesehen worden sei [1]).

Es muß zugegeben werden, daß dies Erwägungen sind, die für einen ursprünglichen Erwerb des Eigentums durch den Gutgläubigen sprechen können. Andererseits sind aber auch die Gründe, die zum Beweise eines abgeleiteten Erwerbs herangezogen werden, durchaus nicht unbeachtlich! Es ist richtig, wenn angeführt wird, daß das Eigentum nicht nur durch den guten Glauben allein erlangt werde, sondern dieser gute Glaube völlig unbeachtlich sei, wenn nicht auch alle Erfordernisse eines rechtswirksamen Verfügungsgeschäftes vorliegen; hierbei sei nicht nur die Person des Gutgläubigen, sondern auch die des Nichtberechtigten maßgeblich; es deute also schon der ganze Aufbau des Erwerbstatbestandes — im Gegensatz zu Ersitzung und Aneignung, wo nur eine Person tätig werde — auf einen derivativen Eigentumserwerb des Gutgläubigen hin. Wenn ferner die Motive dafür herangeführt werden, daß der Eigentumserwerb kraft guten Glaubens nur ein die ordentliche Ersitzung ersetzender sein soll — obgleich in ihrer amtlichen Ausgabe diese Auffassung nicht ausgesprochen ist —, so müßte bei logischer Durchführung dieser Ansicht auch der Eigentumserwerb eines Geschäftsunfähigen gemäß § 932 BGB. möglich sein, was aber wohl kaum ernstlich aufrecht erhalten werden kann.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der gutgläubige Erwerb des Eigentums als ein abgeleiteter Erwerb anzusprechen und zwar neben den soeben angeführten Gründen insbesondere aus folgender von v. T u h r angestellter Erwägung [2]): Ein Nichterbe überträgt mit Hilfe eines Erbscheins eine Nachlaßforderung auf X. Ist X. gutgläubig, so erwirbt er gemäß § 2366 BGB. diese Forderung. Wäre dieser Erwerb originär, so müßte in dem Augenblick der Übertragung das Recht des Erben untergehen und zugleich eine neue Verpflichtung des Schuldners gegenüber X. entstehen. Mit diesem Gedanken ist aber § 404 BGB. unvereinbar und demnach läßt sich „der Erfolg der Zession des Erbscheininhabers ohne Zwang nicht anders auffassen, als daß er die Forderung des Erben auf den Zessionar überträgt“ [3]). Steht aber in diesem Fall einwandfrei fest, daß das von dem Nichterben unberechtigt übertragene Recht das gleiche ist, das der Erbe zuvor hatte, so ist auch kein Grund ersichtlich, warum es sich bei der Übertragung des Eigentums anders verhalten sollte. Da aber wiederum zwischen dem Eigentumserwerb auf Grund des § 2366 BGB. und dem gemäß § 932 BGB. kein Unterschied besteht, so kann auch dieser Erwerb nur als derivativ angesprochen werden.

---

1) letzteres nach v. T u h r a.a.O. § 44, S. 53 Anm. 99 unter Berufung auf Mot. III. S. 342 und R o m e i c k a.a.O. S. 17 unter Berufung auf Mot. III. S. 352/51. In der amtl. Ausgabe der Motive ist diese Auffassung nicht feststellbar.

2) v. Tuhr II, 1 § 44 S. 54; vgl. dazu auch H e l l w i g , Lehrb. III. § 162, S. 198 Anm. 39.

3) so v. Tuhr II, 1 § 44 S. 55.

Hier ist also durch das Gesetz ein Fall geschaffen worden, in dem jemand über die Rechte eines anderen wirksam verfügen kann, ohne dazu berechtigt zu sein. Denn ein Recht zu dieser Verfügung will auch das Gesetz nicht anerkennen, vielmehr schützen die betreffenden Vorschriften in erster Linie den gutgläubigen Dritten, während das Verhalten des Nichtberechtigten selbst widerrechtlich ist. Ihm steht also nur die Macht zu, die Sache eines anderen zu übertragen [4]); allerdings mit dem Erfolg, daß das Eigentum — bzw. sonstige Recht — von dem bisher Berechtigten auf den gutgläubigen Erwerber übergeht. Nach der hier vertretenen Ansicht entsteht also in der Person des Gutgläubigen kein neues Recht, sondern das, was er durch die widerrechtliche Verfügung des Nichtberechtigten erhält, ist das Recht des bisher Berechtigten.

Die hier berührte Streitfrage verliert ihre zivilrechtliche Bedeutung, wenn man sich der Ansicht Enneccerus-Nipperdeys und Wolffs anzuschließen vermag. Hiernach liegt zwar ein originärer Erwerb vor, aber der originäre Erwerb eines bereits bestehenden Rechtes, sodaß der gutgläubige Dritte kein neues Eigentum erwirbt, sondern das des bisher Berechtigten, ohne aber dessen Rechtsnachfolger zu sein [5]). Da bei der hier zu behandelnden Frage die Rechtsnachfolgschaft, deren wesentlichste Bedeutung ja auf prozeßrechtlichem Gebiete liegt, nicht inbetracht zu ziehen ist, erübrigt sich eine eingehendere Stellungnahme zu Wolffs Ansicht, da inbezug auf die Art des erworbenen Rechtes — ob es ein neues oder das des bisher Berechtigten ist — kein Widerspruch mit der hier vertretenen Ansicht besteht.

2. Das für den Rückerwerb eintretende Schrifttum.

Mit der Feststellung, daß der Dritte auf Grund seines guten Glaubens das Eigentum des bisher Berechtigten erlangt hat, könnte man zu der folgerichtigen Entscheidung kommen, daß einer Übertragung dieses Eigentums auf den Nichtberechtigten gemäß § 929 BGB. nichts im Wege stehe [1]). Das Gesetz selbst nimmt zu dieser Frage keine Stellung. Zwar könnte man daran denken, daß ein solcher Rückerwerb des Nichtberechtigten gegen die guten Sitten verstoße, aber § 138 BGB. ist für den Fall einer solchen Rückübertragung nicht anwendbar. Denn diese Vorschrift greift nur dort ein, wo der Abschluß oder Inhalt eines Rechtsgeschäftes gegen die guten Sitten verstößt, aber nicht schon dort, wo allein der Beweggrund als unsittlich bezeichnet werden muß [2]). Da nun das Gesetz selbst den gutgläubigen Eigentumserwerb billigt, kann auch der Rückerwerb nicht

4) vgl.: Gierke a.a.O. § 32 Anm. 2 (S. 279); Crome a.a.O. § 71, 4b (S. 313/14); v. Tuhr II, 1 § 44 S. 55.

5) vgl. Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 130 Anm. 3 (S. 420) und § 132, III. S. 424; Wolff a.a.O. § 39 Anm. 26 (S. 223) und § 45 Anm. 29 (S. 134).

1) dies vertreten: Heck a.a.O. § 29, 4 c (S. 113); Staudinger § 932 N. IV (S. 476); Staub a.a.O. § 366 Anm. 31 (S. 419); Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 366 Anm. 31 (S. 990).

2) vgl. Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 178, II (S. 581) und Staudinger Komm. § 138 N. I, 3 c (S. 574).

als anstößig im Sinne des § 138 BGB. bezeichnet werden. Unsittlich sind nur die Beweggründe, auf die wohl in den meisten Fällen das Handeln des Nichtberechtigten zurückzuführen ist, die aber wiederum durch § 138 BGB. nicht erfaßt werden.

Daraus darf und kann aber noch nicht geschlossen werden, daß das Gesetz einen solchen Rückerwerb des Nichtberechtigten ohne weiteres auch billigt. Dem widerspricht schon die ganze geschichtliche Entwicklung dieser Frage! Mit der Aufnahme des gutgläubigen Eigentumserwerbs in Art. 306 ADHGB. fand doch eine Entwicklung ihren Abschluß, die lediglich zweierlei im Auge hatte. Einerseits sollte dem Eigentümer die Vindikation eingeräumt werden, ohne dabei aber allzu weit von dem altdeutschen Vertrauensprinzip abzurücken. So entstand der Herausgabeanspruch auch bei freiwilliger Besitzhingabe gegen jeden bösgläubigen Erwerber. Andererseits sollte aber auch in Anlehnung an das bisher geltende „Hand wahre Hand"-Prinzip der dem Rechtsschein vertrauende Dritte, falls ihm die wirkliche Sachlage ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt war, gegen diesen Anspruch des Eigentümers aus dem Eigentum geschützt werden. Und dies geschah am wirksamsten dadurch, daß ihm an Stelle des bisherigen unangreifbaren Besitzes das Eigentum an der gutgläubig erworbenen Sache zugesprochen wurde. Nur diese Beweggründe kann man als Ursache des gutgläubigen Eigentumserwerbs anerkennen; eine günstigere Stellung des unbefugt Verfügenden ist mit dieser Regelung aber wohl kaum beabsichtigt gewesen, würde auch jedem Rechtsempfinden widersprechen. Demnach müßte die Stellung des Nichtberechtigten nach heutigem Recht so sein, daß in dem Augenblick, in dem das gutgläubig erworbene Eigentum auf ihn übertragen werden soll — an Stelle der unangreifbaren Gewere ist ja jetzt Eigentum getreten —, dieses Eigentum auf den ursprünglich Berechtigten zurückfiele, sodaß er kraft dieses Rechtes in der Lage ist, die unterschlagene Sache von dem Nichtberechtigten wieder herauszuverlangen. Diese an sich billige Regelung stellt aber eine Beschränkung des gutgläubig erworbenen Eigentums dar, die ohne eine Ableitung aus dem heute geltenden Recht als unzulässig bezeichnet und dementsprechend abgelehnt werden müßte. Denn § 903 BGB. schreibt vor, daß „der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann". Solange nun aber der Dritte mit dem gutgläubig erworbenen Eigentum nach seinem Belieben verfahren kann, muß ihm auch eine Rückübertragung dieses Rechts auf den Nichtberechtigten eingeräumt werden. Dies muß und soll aber so weit wie möglich verhindert werden.

Die Beantwortung dieser Frage ist auf den verschiedensten Wegen versucht worden, ohne daß aber das Ergebnis als durchaus befriedigend bezeichnet werden könnte. So hat Reichel[3]) einerseits

3) vgl. Reichel, Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb. Grünh.Zeitschr. Bd. 42 S. 173 ff.

geltend gemacht, daß „dem Schlechtgläubigen, der sich unter arglistiger Benutzung eines Zwischenmannes zum Erwerbe verhilft, der Einwand der Arglist entgegensteht“ [4]). Abgesehen davon, daß der Nichtberechtigte nicht in jedem solchen Falle arglistig zu handeln braucht, ist diese Lösung insofern nicht vollkommen, als der Schlechtgläubige durch seine widerrechtliche Handlung eine Rechtslage geschaffen haben soll, auf Grund deren er sich selbst in die Lage versetzt hat, ein wenn auch mit einer Einrede behaftetes Recht zu erlangen, dessem regelrechten Erwerb sonst vielleicht unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstanden. — Auch sein Versuch, eine allgemeingültige Entscheidung unter Heranziehung des strafrechtlichen Prinzips der mittelbaren Täterschaft herbeizuführen, kann nicht als befriedigend angesehen werden. Reichel [5]) führt aus: „Der mittelbare Täter wird als Täter bestraft; der Schlechtgläubige, der sich eines Gutgläubigen als eines bloßen Werkzeuges zum Zwecke des Erwerbes bedient, ist einem solchen gleichzuachten, der selbst schlechtgläubig erwirbt.“ Dieser Gedanke Reichels ist zwar durchaus zu billigen; unbeantwortet bleibt jedoch bei dieser Ableitung der Lösung aus dem Gedanken der mittelbaren Täterschaft in unserm Fall die Frage, wie das gutgläubig von dem Dritten erworbene Eigentum zu dem ursprünglich Berechtigten zurückgelangen soll und wie die darin zu erblickende Beschränkung des gutgläubigen Eigentumserwerbs gegenüber § 903 BGB. gerechtfertigt werden kann.

Sehr beachtlich sind die Ausführungen Ewalds [6]) zu dieser Frage. Er setzt sich zum Ziel, eine allgemeine Lösung des Rückerwerbsproblems zu geben und stellt anfangs fest, daß das Rückerwerbsgeschäft selbst keine Möglichkeit biete, dem ursprünglich Berechtigten sein Recht wiederzuverschaffen, wenn der Wille der Parteien — d. s. der Nichtberechtigte und der gutgläubige Dritte — dem entgegenstehe [7]). Zweck der Behandlung der Frage des Eigentumsrückerwerbs durch den Nichtberechtigten müßte es sein, den Rechtsrückerwerb des ehemals Berechtigten von diesem Willen der Parteien unabhängig zu machen. Um dies zu erreichen, schlägt Ewald den allein möglichen und auch hier vorgesehenen Weg über die auflösende Bedingung ein, die kraft Gesetzes der Verfügung des Nichtberechtigten anhaften soll. Eine Möglichkeit für das Eingreifen einer solchen Rechtsbedingung erblickt Ewald [8]) einmal in der dem Verfügungsgeschäft des Nichtberechtigten zugrunde liegenden causa. Ewald kommt auf folgendem Wege zu dieser durch ihre causa rechtsbedingten Veräußerung des Nichtberechtigten [9]): es bestehe die Möglichkeit, eine Verfügung — abgesehen von einer solchen über Grundstücke — kraft

---

4) Reichel a.a.O. S. 258.
5) a.a.O. S. 259.
6) Ewald, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten. Jher. Jahrb. (1926) Bnd. 76 S. 233 ff.
7) Ewald a.a.O. S. 250/51.
8) a.a.O. S. 275 ff.
9) a.a.O. S. 277.

rechtsgeschäftlicher Vereinbarung der Parteien durch ihre causa bedingt sein zu lassen. Berechtige ich einen anderen, für mich über eine Sache zu verfügen, so könne ich die Wirksamkeit dieser Verfügung gegen mich davon abhängig machen, daß der andere unter der soeben dargelegten auflösenden Bedingung verfügt. Daraus sei aber zu folgern, [10]), daß das, was bei gewillkürter Vertretungsmacht kraft Parteiabrede gelte, bei gesetzlicher Verfügungsmacht im Sinne der §§ 892, 932 und 2366 BGB. kraft Gesetzes gelten müsse. Als Begründung gibt Ewald an, daß „die §§ 932, 892, 2366 BGB. den Schutz des gutgläubigen Erwerbers bezwecken, nicht aber den des nichtberechtigten Veräußerers. Soweit es dieser Zweck erlaubt, darf die gesetzliche Verfügungsmacht im Sinne der §§ 932, 892, 2366 BGB. eingeschränkt werden" [11]).

Dieser Ausführung Ewalds ist entgegenzuhalten: § 932 BGB. schreibt vor, daß der gutgläubige Dritte durch die Verfügung eines Nichtberechtigten Eigentum erwirbt. Daß das so erworbene Eigentum in irgend einer Weise anders gestaltet ist, als das, was vom Berechtigten erworben wird, ergibt sich aus § 932 BGB. nicht. Eine Beschränkung dieses Eigentums — und das ist bei einem Erwerb unter der von Ewald konstruierten auflösenden Bedingung der Fall — ist nur im Rahmen des § 903 BGB. möglich; d. h. nur wenn sich die auflösende Bedingung aus dem Gesetz selbst ableiten läßt [12]), kann sie für zulässig erklärt werden. Diese Ableitung und damit den Beweis der Zulässigkeit dieser Rechtsbedingung hat aber Ewald nicht erbracht. Die gesetzlichen Vorschriften, auf die Ewald die Rechtsbedingung anscheinend stützen will [13]), geben den Parteien nur die M ö g l i c h k e i t derart beschränktes Eigentum zu übertragen. Hieraus bei kraft Gesetzes gegebener Verfügungsmacht ein M u ß zu konstruieren, ist zu weitgehend, als daß es gebilligt werden könnte.

Ewald will aber auch selbst nicht diese durch ihre causa auflösend rechtsbedingte Verfügung des Nichtberechtigten als allgemein geltende Entscheidung betrachtet wissen, sondern erst im § 8 seiner Abhandlung [14]) „soll nunmehr eine wirklich allgemeine Lösung des Rückerwerbsproblems gegeben werden". Hierzu kommt Ewald auf folgendem Wege: Handele der Nichtberechtigte arglistig, so sei er zu einem Rückerwerb des gutgläubig erworbenen Eigentums auf Grund des § 162 BGB. subjektiv nicht in der Lage; denn aus § 162 BGB. sei als allgemeiner Grundsatz zu entnehmen: „soweit es sich um den Vorteil desjenigen handelt, der wider Treu und Glauben zu seinen eigenen Gunsten zum Schaden eines anderen einen Rechtserfolg herbeigeführt hat, gilt dieser Rechtserfolg als nicht eingetreten" [15]).

---

10) a.a.O. S. 278.
11) a.a.O. S. 279.
12) so auch Oertmann, Jur.Rundsch. 1930 I. S. 169; insbesondere S. 171.
13) § 167 und § 158, II BGB. sind wohl zu unterstellen; Ewald selbst erwähnt das Gesetz nicht.
14) a.a.O. S. 282 ff.
15) a.a.O. S. 284.

Außer dieser subjektiven Erwerbsunfähigkeit des Nichtberechtigten sei in den Fällen einer Wandlung, eines Rücktritts, einer gemeinschaftlichen Vertragsaufhebung, einer condictio oder eines Treuanspruchs seine Erwerbsunfähigkeit objektiv begründet, da „die auf §§ 932, 892 oder 2366 BGB. beruhende Wirksamkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten nur im Interesse des Erwerbers gegeben ist; soweit dieses Interesse fehlt, bleibt daher die Verfügung unwirksam“ [16]). Hieraus ergebe sich die Frage, was nun mit dem betreffenden Recht geschehe, wenn es der Nichtberechtigte nicht erwerben könne. Die Antwort hierauf entwickelt Ewald aus dem § 137 BGB.[17]). Nach dieser Bestimmung könne die Verfügungsbefugnis über ein veräußerliches Recht zwar nicht durch Rechtsgeschäft, wohl aber durch Gesetz dahingehend beschränkt werden, daß eine dennoch vorgenommene Verfügung entweder absolut oder wenigstens relativ unwirksam sei. Hierzu bedürfe es einer klaren gesetzlichen Bestimmung, die jedoch auch durch Auslegung gefunden werden könne. Gleichzeitig könne das Gesetz, wenn eine andere Person, deren Recht erworben worden ist, geschützt werden solle, für den Fall der Weiterveräußerung den Rückfall des Rechts an diese Person anordnen. Ewald fährt wörtlich fort [18]): „Eine solche Anordnung würde die Person, die das Recht erworben hatte, am wenigsten drücken; sie würde ja das Recht nicht behalten müssen. Im Zweifel hat daher diese Anordnung, als dem Prinzip des § 137 BGB. am besten entsprechend, zu gelten.“

Folgerichtig müßte man jetzt erwarten, daß Ewald diese „Anordnung“ des Gesetzes darlegt oder aus einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung durch Auslegung entwickelt. Dies geschieht aber nicht. Ewald erklärt vielmehr nur, daß einerseits jeder Zweifel durch den Zweck ausgeschlossen werde, zu dem die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Zwischenerwerbers angenommen werde und andererseits der Rechtserwerb des Nichtberechtigten nur darum verhindert werden solle, um den Altberechtigten sicherzustellen. Nach alledem erschiene als angemessen [19]): „Die wirksame Veräußerung des Nichtberechtigten ist durch die Rückveräußerung an ihn auflösend bedingt; mit dem Eintritt dieser Rechtsbedingung, die als solche ja auch bei Grundstücken zulässig ist, fällt das Recht (Voll- oder Restrecht) von selbst an den Altberechtigten zurück.“

So erstrebens- und billigenswert dieser Versuch Ewalds ist, kann er doch nicht als gelungen angesehen werden. Ewald gibt selbst zu [20]), daß eine solche Verfügungsbeschränkung über das gutgläubig erworbene Eigentum sich aus einer gesetzlichen Bestimmung, die aber auch durch Auslegung gefunden werden könne, ergeben müsse. Eine solche Bestimmung ist aber aus dem § 137 BGB., mit dem allein Ewald ar-

16) a.a.O. S. 287.
17) a.a.O. S. 293.
18) a.a.O. S. 293/94.
19) a.a.O. S. 294.
20) s. oben S. 11.

beitet, nicht zu entnehmen. Hieraus ergibt sich vielmehr nur, daß, wenn eine solche Anordnung gefunden wird, irgend welche Bedenken gegen ihre Anwendung von Rechts wegen nicht bestehen. Die Verfügungsbeschränkung selbst liegt aber nicht darin. Damit entbehrt die allgemeine Lösung Ewalds der gesetzlichen Grundlage und es ist Oertmann [21]) zuzustimmen, der gegen Ewald geltend macht, daß der Rückfall des Eigentums nur in Frage komme im Sinne eines transitus legalis und einen solchen vermöge nur das Gesetz hervorzurufen, nicht die wissenschaftliche Konstruktion.

Auch M. Wolff [22]) lehnt eine auflösend rechtsbedingte Verfügung des Nichtberechtigten ab und bejaht die Möglichkeit des Eigentumsrückerwerbs durch ihn. Dies müsse nur dort eine Einschränkung erfahren, wo das Veräußerungsgeschäft rückgängig gemacht würde; in einem solchen Falle sei „auch ohne gesetzliche Stütze anzunehmen", daß das Recht auf den ursprünglich Berechtigten zurückfalle. So sei es im römischen und gemeinen Recht gewesen und es sei nicht anzunehmen, daß das BGB. dahinter zurückschreiten wollte.

Dem ist einmal entgegenzuhalten, daß gegen einen aus dem geltenden Recht hergeleiteten Eigentumsrückfall auf den Altberechtigten keine Bedenken bestehen können, und zum anderen, daß ein solcher Rückfall des Rechts auf den ehemaligen Eigentümer gegen den Willen der Parteien aber auch nur dann anerkannt werden kann, wenn er im Gesetz seine Grundlage findet. Die von Wolff angeführten geschichtlichen Beweispunkte rechtfertigen eine dahingehende Auslegung des Gesetzes, eine Begründung des Rückfalls selbst vermögen sie aber nicht zu geben.

Im folgenden soll nun versucht werden, die von Ewald aufgestellte allgemeine Lösung [23]) aus dem Gesetz herzuleiten und damit die Bedenken, die mit Recht gegen Ewald geltend gemacht werden können, zu zerstreuen. Es wird sich zeigen, daß der von Ewald aufgestellte Grundsatz, daß die Verfügung des Nichtberechtigten durch eine Rückübertragung des Eigentums auf ihn auflösend rechtsbedingt sei, durch Auslegung entsprechender gesetzlicher Vorschriften zwar gerechtfertigt wird, aber auch noch erheblicher Einschränkungen bedarf [24]).

3. Lösungsversuch mit Hilfe des dem § 166 Abs. 2 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedankens.

Es steht fest, daß durch die Regelung des § 932 BGB. gegenüber dem mittelalterlichen deutschen Recht eine Lücke geschaffen worden ist, deren Ausfüllung ein gesundes Rechtsempfinden dringend erfordert. Weiterhin kann als festgestellt gelten, daß dies nur durch eine

---

21) Jur.Rundschau 1930, I. S. 171.
22) Wolff a.a.O. § 69, III und Anm. 23 (S. 222).
23) vgl. oben S. 11.
24) s. unten S. 33.

Beschränkung des gutgläubig erworbenen Eigentums möglich ist. Da aber das Eigentum eins der stärksten Rechte ist, das unsere heutige Gesetzgebung kennt, so ist es verständlich, daß § 903 BGB. nur unter besonderen Umständen eine Beschränkung dieses Rechtes zuläßt. Es fragt sich nun, ob für den gegebenen Fall diese besonderen Umstände in Anspruch genommen werden können. § 903 BGB. sieht vor, daß nur das Gesetz oder entgegenstehende Rechte Dritter die im allgemeinen beliebige Verfügungsmacht des Eigentümers beschränken können. Eine allgemeine gesetzliche Beschränkung des Eigentums — wie sie z. B. die BundesratsVO. vom 15. März 1918 darstellt, nach der die Auflassung eines landwirtschaftlichen Grundstücks über 5 ha Größe der behördlichen Genehmigung bedarf — kommt für den hier zu behandelnden Fall nicht in Frage. Die Verfügungsbeschränkung des gutgläubigen Dritten soll vielmehr lediglich zu Gunsten des Altberechtigten bestehen; d. h. im Sinne des § 903 BGB.: einer beliebigen Verfügung des Dritten über das gutgläubig erworbene Eigentum soll ein Recht des Altberechtigten entgegenstehen.

Die Begründung eines solchen Rechtes kann nun auf zweierlei Art vorgenommen werden; und zwar ist dies entweder durch Rechtsgeschäft oder durch Gesetz möglich. Der erste Fall scheidet hierbei von vornherein aus; denn ein dahingehendes Rechtsgeschäft würde vor oder bei Erwerb des Dritten eine Aufklärung über die wahren Eigentumsverhältnisse bedeuten und damit seinen guten Glauben zerstören. Nach Erwerb des Eigentums wird aber der gutgläubige Dritte kaum zu einer solchen Beschränkung seines Eigentums die Hand reichen. Es muß also ein Weg gefunden werden, auf dem unabhängig von dem Willen der Parteien dem ursprünglich Berechtigten ein Recht auf Rückfall des Eigentums eingeräumt wird. Ein solcher Weg kann nur vom Gesetz gewiesen werden und wird es auch. Wörtlich ist dies zwar nicht im Gesetz geregelt, aber eine dahingehende Bestimmung läßt sich unschwer und ohne dem Recht Zwang anzutun aus entsprechenden Vorschriften ableiten.

In Frage kommt hierfür allein die in § 166 Abs. 2 BGB. getroffene Regelung. Dieser Absatz lautet: „Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen mußte, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht." Bei oberflächlicher Beurteilung scheint das Gesetz einen ganz anders gearteten Fall regeln zu wollen als den, dessen Klärung hier beabsichtigt ist. Aber wörtlich soll diese Vorschrift auch garnicht angewandt werden; es soll vielmehr der dem Gesetz zugrunde liegende allgemeine Gedanke klargelegt und auf seine Verwendbarkeit für den gutgläubigen Eigentumserwerb geprüft werden. Einer solchen analogen Anwendung kann nicht entgegengehalten werden, daß § 166 Abs. 2 BGB. einen Ausnahmefall regele und deshalb eine Ausdehnung des ihm zugrunde liegenden Gedankens

über die gesetzten Schranken hinaus nicht zulasse. Wohl muß zugegeben werden, daß es Ausnahmevorschriften gibt, die auf entsprechend gelagerte Fälle nicht angewandt werden dürfen. Man denke hier an das Aussonderungsrecht des Treugebers im Konkurse des Treunehmers bei der Sicherungsübereignung, dem rechtlich nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückübereignung zugrunde liegt. Wenn sich hier gewohnheitsrechtlich durchgesetzt hat, daß der Treugeber aussondern darf, so ist damit die Grundregel [1]) nicht durchbrochen, sondern nur ein Einzelfall geschaffen worden, der trotz seiner offensichtlichen Gesetzwidrigkeit zulässig ist. Die weitere Ausdehnung und analoge Verwendung einer solchen „Anomalie" ist aber mit allen Mitteln zu verhindern. Anders verhält es sich dagegen im Falle des § 166 Abs. 2 BGB. Hier ist eine vom Gesetz aufgestellte Regel für einen bestimmten Kreis von Fällen durchbrochen und ihre Anwendung ausgeschlossen worden, weil andernfalls eine mit dem Gesetz und mit dem Rechtsempfinden nicht zu vereinbarende Rechtslage geschaffen worden wäre. Eine Ausdehnung des einer solchen Ausnahmevorschrift zugrunde liegenden Rechtsgedankens auf ähnlich gelagerte Fälle ist, soweit dies dem vom Gesetz beabsichtigten Zweck entspricht, ohne weiteres zulässig [1a]).

Es gilt nun, diesen Rechtsgedanken des § 166 Abs. 2 BGB. als seinen wesentlichsten Inhalt herauszuarbeiten. Der § 166 Abs. 2 BGB. ist für folgenden Fall geschaffen: A. weiß, daß C. seinen sehr guten Jagdhund bei D. in Pflege gegeben hat, da C. selbst für längere Zeit verreisen mußte. A. wollte diesen Hund schon mehrmals von C. kaufen, wurde aber immer abschlägig beschieden. Jetzt hält er die Gelegenheit für günstig, sein Ziel zu erreichen, zumal er weiß, daß sich D. in Geldschwierigkeiten befindet. A. beauftragt also seinen Bruder B., dem die ganze Sachlage unbekannt ist, sich mit D. in Verbindung zu setzen, ob er nicht den Hund verkaufen wolle. Da B. einen sehr guten Preis bietet, geht D. auf sein Angebot ein und übereignet den Hund, der von B. sofort zu A. gebracht wird. — A. kann aber trotz der Gutgläubigkeit seines Beauftragten nicht Eigentümer des Hundes werden, da alle Voraussetzungen des § 166 Abs. 2 BGB. erfüllt sind. Als der dem Gesetz zugrunde liegende Gedanke ergibt sich aus diesem Beispiel, daß der schlechtgläubige A. zur Erreichung seines bisher vergeblich angestrebten Zieles sich nicht durch Einschaltung eines Gutgläubigen auf einen Eigentumserwerb gemäß § 932 BGB. berufen kann. Das Gesetz spricht hier also eindeutig aus, daß A. aus der Gutgläubigkeit des B. keine Rechte für sich herleiten kann; wobei es allerdings voraussetzt, daß B. im Rahmen rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht und nach bestimmten Anweisungen seines Auftraggebers gehandelt hat.

Nun hat sich aber sowohl in der Rechtsprechung als auch besonders in der Literatur die Ansicht entwickelt, daß einer Anwendung

1) § 43 KO.; nur Gegenstände, an denen der Gemeinschuldner kein Eigentum hat, unterliegen der Aussonderung.

1a) vgl. hierzu Dernburg, Pandekten I. § 33, 2 S. 71/72 und Brütt, Rechtsanwendung S. 80.

des in dem § 166 Abs. 2 BGB. enthaltenen Gedankens über seine eigentliche Fassung hinaus auf entsprechend gelagerte Fälle nichts entgegenstehe. So wendet das Reichsgericht in Entscheidung 86, 376/77 sowohl die Vorschriften des § 166 Abs. 1 BGB. als auch die des Abs. 2 nicht nur auf rechtsgeschäftliche, sondern auch auf Vertreter ohne Vertretungsmacht an, weil es sonst „an einer entsprechenden Vorschrift für die Fälle der Vertretung ohne Vertretungsmacht fehlen würde". Andererseits wird in der Literatur mit Recht die Ansicht vertreten, daß auch die „bestimmten Weisungen" keiner allzu engen Auslegung unterliegen dürften, sondern alle Fälle darunter fallen, „in denen der Auftraggeber die Willensentschließung entweder beeinflußt oder an ihr teilnimmt" [2]). Der wertvolle gedankliche Inhalt des § 166 Abs. 2 BGB. ist also in einen viel zu engen Rahmen gebracht worden und verlangt nach einer darüber hinausgehenden Anwendung auf entsprechende Fälle. Dabei ist nicht wesentlich, daß ein Rechtsverhältnis im Sinne der §§ 164 ff. BGB. vorliegt; es ist ferner nicht wesentlich, daß wörtliche Anweisungen gegeben sind. Denn dies sind ja gerade die Rahmenvorschriften, die den § 166 Abs. 2 BGB. einengen. Berücksichtigt man nach diesen Feststellungen weiterhin, daß die Norm des § 166 Abs. 2 BGB. lediglich im Interesse des Gegenkontrahenten, bezw. dessen, dem durch das Handeln des Gutgläubigen irgend ein Recht entzogen wird, gegeben ist [3]), so ergibt sich als wesentlichster über seinen Rahmen hinausgreifenden Gehalt dieser Vorschrift: sobald ein Schlechtgläubiger die Willensentschließung eines Gutgläubigen irgendwie beeinflußt hat oder daran beteiligt ist, kann er sich nicht auf die Rechte des Gutgläubigen, die dieser kraft seines guten Glaubens erworben hat, berufen und daraus wieder für sich irgend welche Rechte ableiten.

Diese wohl kaum angreifbare Auslegung des § 166 Abs. 2 BGB. greift nun in die durch die Fassung des § 932 BGB. entstandene Gesetzeslücke ausfüllend ein. Zur Erläuterung diene eine Abwandlung des bereits oben verwandten Beispiels: C. gibt seinen Hund nicht zu D., sondern zu A. in Pflege. Dort lernt ihn B., der Bruder des A., kennen und ist über seine vorzügliche jagdliche Arbeit, sowie über eine bei Jagdhunden selten vorhandene Mannschärfe begeistert. Er fragt seinen Bruder, ob er diesen Hund nicht ihm zu Liebe verkaufen wolle. A. ist einverstanden, da er weiß, daß seine Schwägerin Hunde nicht leiden und besonders Jagdhunde nicht ausstehen kann. Der Kauf wird also abgeschlossen und B. nimmt den Hund sofort mit. A. hat sich aber nicht verrechnet; bereits am nächsten Tage erscheint sein Bruder mit der Bitte, ihm den Hund wieder abzukaufen, da er ihn doch nicht gebrauchen könne. A. sträubt sich erst, nimmt aber schließlich gegen Zahlung eines etwas geringeren Preises

2) vgl. Warneyer § 166 N. IV S. 330; ähnlich Soergel § 166 N. 7 S. 255/56.
3) s. Manigk, Anwendungsgebiet S. 393.

den Hund wieder. — Bleibt die durch § 932 BGB. entstandene Lücke unausgefüllt, so ist A. durch dieses Geschäft mit seinem Bruder Eigentümer des Hundes geworden, da eine direkte Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB. bei dieser veränderten Sachlage nicht mehr möglich ist, da seine wörtliche Voraussetzungen nicht gegeben sind, und das Gesetz sonst zu diesem Fall keine Stellung nimmt. Daß aber eine solche Entscheidung gegen jedes normale Rechtsempfinden verstößt, bedarf wohl weiter keiner Begründung. Hier greift nun der oben aus § 166 Abs. 2 BGB. entwickelte Gedanke ein. A. ist bei dem Rechtsgeschäft auf Grund dessen sein Bruder kraft seines guten Glaubens Eigentümer des Jagdhundes gemäß § 932 BGB. geworden ist, beteiligt gewesen. Weiterhin kannte A., während B. ihn ohne grobe Fahrlässigkeit für den Eigentümer des Hundes hielt, die ganze Sachlage und war insoweit schlechtgläubig. Deshalb kann er sich nicht auf den Eigentumserwerb seines Bruders berufen und daraus für sich selbst Rechte ableiten; d. h. jetzt wieder im Besitz des Hundes kann er weder dem C. noch einem anderen gegenüber einen Eigentumserwerb an dem Tier gemäß § 929 BGB. geltend machen.

Die weitere Frage ist aber nun, wo ist das Eigentum geblieben, das B. auf Grund der Vorschrift des § 932 BGB. erworben hat? Bei der Beantwortung dieser Frage kommen, nachdem ein Erwerb dieses Eigentums durch den Nichtberechtigten sich als unzulässig erwiesen hat, drei weitere Möglichkeiten inbetracht.

Vertreter der Ansicht, die den gutgläubigen Eigentumserwerb für einen ursprünglichen erklären, müssen hier zwangsläufig zu der Entscheidung kommen, daß in dem Augenblick des Rückerwerbs durch den Nichtberechtigten das Eigentum wieder untergeht. Dadurch würde aber gerade das, was vermieden werden soll, herbeigeführt! Mit der Übergabe an den Nichtberechtigten würde die betreffende Sache herrenlos; da sie aber zu derselben Zeit, in der sie herrenlos wird, in die Hand des Nichtberechtigten kommt und dieser sie auch in Eigenbesitz nimmt, so erwirbt er gemäß § 958 BGB. Eigentum daran. Denn es ist kein Grund ersichtlich, aus dem das Eigentum in dem Zeitpunkt der Übergabe wieder in der Hand des ursprünglich Berechtigten neu entstehen sollte. Oder will man dem ursprünglich Berechtigten ein alleiniges Aneignungsrecht im Sinne des § 958 Abs. 2 BGB. einräumen? Eine Konstruktion, die sich rechtlich wohl kaum begründen lassen wird. Das, was also nach dem Gedanken des § 166 Abs. 2 BGB. vermieden werden soll, tritt hier doch ein, wenn auch auf einem anderen Wege. Es ergibt sich demnach auch hieraus, daß die Ansicht derer, nach denen der gutgläubige Dritte ursprüngliches Eigentum erwirbt, unhaltbar ist.

Eine zweite Möglichkeit ist die, daß durch den Rückerwerb des Nichtberechtigten an den zur Zeit bestehenden Eigentumsverhältnissen überhaupt nichts geändert wird. Darin muß aber eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis des gutgläubigen Dritten erblickt werden, die gemäß der §§ 137 und 903 BGB. nur kraft Gesetzes zulässig wäre. An einer dahingehenden gesetzlichen Bestimmung fehlt es

aber; denn der oben entwickelte Gedanke aus § 166 Abs. 2 BGB. kann hier nicht herangezogen werden, da ja diese Bestimmung lediglich den Schutz des ehemals Berechtigten im Auge hat, womit aber eine derartige Verfügungsbeschränkung nicht in Einklang zu bringen wäre. Es muß demnach auch diese zweite Möglichkeit als für den Verbleib des Eigentums unzulässig abgelehnt werden.

Eine Lösung dieser Frage ist vielmehr auch nur aus dem Gedankengang des § 166 Abs. 2 BGB. herzuleiten. Wie schon mehrfach betont, soll durch diese Bestimmung lediglich der Gegenkontrahent, bezw. der, über dessen Recht unbefugt verfügt wird oder verfügt worden ist, geschützt werden. Auf den Rückerwerb des Nichtberechtigten angewandt bedeutet diese Vorschrift einmal, daß ein Rückerwerb des widerrechtlich übertragenen Rechtes durch den Nichtberechtigten unzulässig ist; zum anderen ist daraus zu entnehmen, daß, da der Nichtberechtigte kein Eigentum erwerben kann und auch ein weiterer Verbleib dieses Eigentums bei dem Dritten nicht vertretbar ist, dieses Eigentum in dem Augenblick des Rückerwerbs der Sache auf den ursprünglich Berechtigten zurückfällt. Rechtlich betrachtet stellt sich dieser Rückfall folgendermaßen dar:

Durch § 932 BGB. ist dem Nichtberechtigten durch das Gesetz die Macht in die Hand gegeben worden, über eine fremde Sache unter der Voraussetzung des guten Glaubens des Empfängers rechtswirksam zu verfügen. Der gutgläubige Dritte erwirbt durch diese unberechtigte Verfügung das Eigentum des bisher Berechtigten. Jedem Vierten gegenüber — gleichgültig ob er inbezug auf das vorhergehende Erwerbsgeschäft gut- oder bösgläubig ist — ist dieser Eigentumserwerb vollwirksam, sofern er bei diesem Rechtsgeschäft nicht im Sinne des § 166 Abs. 2 BGB. beteiligt gewesen ist. Gegenüber einer solchen Weiterveräußerung ist also der ursprünglich Berechtigte machtlos. Anders dagegen bei der Rückveräußerung an den Nichtberechtigten; hier ist ein Eigentumserwerb auf Grund des § 166 Abs. 2 BGB. nicht möglich. Das kann aber nichts anderes heißen, als daß durch die Verfügung des Nichtberechtigten nicht absolut vollwirksames Eigentum auf den Gutgläubigen übertragen worden, sondern bei dieser Übertragung dem Eigentümer ein Anwartschaftsrecht auf den Rückfall des widerrechtlich entzogenen Eigentums verblieben ist. Tritt nun der Fall des § 166 Abs. 2 BGB. ein, d. h. soll das gutgläubig erworbene Eigentum auf den Nichtberechtigten übertragen werden, so greift ipso iure dieses Anwartschaftsrecht ein und läßt das volle Eigentum wieder in der Person des ehemals Berechtigten entstehen. Denn dieses Anwartschaftsrecht stellt nichts anderes als eine auflösende Rechtsbedingung[4]) dar, unter der die Verfügung des Nichtberechtigten vorgenommen worden ist.

---

4) Über Begriff und Wirkung der Rechtsbedingung gehen nun allerdings die Ansichten noch auseinander. Teilweise wird die Rechtsbedingung als eine Bedingung im Sinn der §§ 158 ff. BGB. und dementsprechend eine Anwendung dieser Vorschriften auf die Rechtsbedingung abgelehnt; so be-

Diese auflösende Rechtsbedingung, die sich ohne Zwang aus dem Gehalt des § 166 Abs. 2 BGB. ergibt, hält auch den Anforderungen des § 903 BGB. stand. Denn wie bereits oben dargelegt worden ist, kann der Eigentümer nur dann nicht mit seiner Sache nach seinem Belieben verfahren, wenn das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Die sich aus der Auslegung des § 166 Abs. 2 BGB ergebende Rechtsbedingung stellt nun aber ein solches Recht eines Dritten dar, das ohne Zutun der Parteien allein durch die Verfügung des Nichtberechtigten ipsa lege begründet wird und das der weiteren beliebigen Verfügung des gutgläubig Erwerbenden entgegensteht.

Damit ist die aus der geschichtlichen Entwicklung hergeleitete Forderung durch das geltende Recht begründet! Der gutgläubige Eigentumserwerb des Dritten ist insoweit gesetzlich beschränkt, als er für den Fall eines Rückerwerbs durch den Nichtberechtigten auflösend bedingt ist[5]).

---

reits Savigny, System III. § 116 S. 122; aber auch v. Tuhr II. 2, § 80 V, S. 281/82, Crome § 101, S. 446 u. a. Zurückzuführen ist diese Ablehnung hauptsächlich auf die fälschliche Gleichsetzung der Rechtsbedingung mit den notwendigen Erfordernissen eines jeden Rechtsgeschäfts. So Savigny a.a.O.: „Ebenso ist es keine wahre Bedingung, wenn das als Bedingung ausgedrückte ohnehin schon notwendige Voraussetzung des Rechtsverhältnisses war." und auch RG. in JW. 1912, S. 135 N. 7: „Ob es sich dabei um einen zum gesetzlichen Entstehungstatbestande des in Rede stehenden Rechts gehörigen Umstand handelt (sog. conditio iuris) ....". Ausführliche Darlegung und Begründung der Gegenansicht bei Oertmann, Rechtsbedingung, auf dessen Ausführungen hier verwiesen werden muß, da eine eingehendere Behandlung dieser Frage zu weit führen würde. Nach Oertmann a.a.O. S. 39 „können wie die geschäftlichen, auch die gesetzlichen Bedingungen sowohl aufschiebend als auch auflösend sein." Ebenda, S. 40: „Eine auflösende Bedingung kann nur da angenommen werden, wo der Grund für das spätere Unwirksamwerden des Geschäfts schon mit dessen anfänglichem Zustandekommen innerlich zusammenhing, wo man damals bereits mit der mehr oder weniger naheliegenden Möglichkeit seines Unwirksamwerdens zu rechnen hatte." In diesem Sinne kann also hier mit Recht von dem Vorliegen einer auflösenden Rechtsbedingung gesprochen werden, auf die mit Oertmann, a.a.O. S. 154/55 § 158 Abs. 2 BGB. anzuwenden ist. Und gerade der hier behandelte Fall bestätigt die Anwendung dieser Vorschrift. Denn die Voraussetzung des § 158 Abs. 2 BGB. ist lediglich ein Rechtsgeschäft, das unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen wird. Daß eine solche Bedingung nur von den Parteien gesetzt werden kann, schreibt das Gesetz nicht vor. Damit steht aber der Anwendung dieser Vorschrift auf ein Rechtsgeschäft, an das wie in dem hier erörterten Fall von Rechts wegen eine auflösende Bedingung geknüpft ist, nichts im Wege. Auch die Ähnlichkeit dieser Rechtsbedingung mit einer rechtsgeschäftlichen spricht für eine solche Anwendung.

5) Dagegen Kiehl, JW. 1922 I S. 788: „Wer den gutgläubigen Rechtserwerb auf irgend einem Gebiet in beschränkter Tragweite auffaßt, verkennt den Grundgedanken und den Zweck der gegebenen Rechtsregelung." — Eine Stellungnahme zu dieser Ansicht erübrigt sich wohl nach den bereits vorgenommenen Erörterungen. Ergibt sich doch die hier getroffene Beschränkung des Rechtserwerbs, wie oben dargelegt worden ist, gerade aus dem Grundgedanken und Zweck des § 932 BGB.

4. Praktische Anwendung.

Nachdem nun eine allgemeine Lösung für den Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten gefunden worden ist, gilt es die Brauchbarkeit dieses Ergebnisses an Hand einzelner Beispiele zu prüfen. Denn eine aus einem Rechtsgedanken selbst entwickelte Ansicht kann nur dann als wirkliche Lösung eines Problems anerkannt werden, wenn sie bei ihrer praktischen Anwendung nicht zu einzelnen Rechtssätzen in Widerspruch gerät und die bei ihrer Anwendung auf einzelne Fälle gefundene Entscheidung einem normalen Rechtsempfinden nicht widerspricht. Mehr denn je ist eine solche Prüfung gerade bei der hier erörterten Frage erforderlich, da ja ein Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten auf die verschiedensten Ursachen zurückgeführt werden kann. Im folgenden seien zuerst die Fälle untersucht, in denen die Ursache des Rückübergangs des Eigentums bereits in der Verfügung des Nichtberechtigten liegt. Anschließend sollen Beispiele folgen, in denen die Rückübertragung des Eigentums auf Grund eines neuen Kausalgeschäftes vorgenommen wird. Wo es erforderlich scheint, sollen Abwandlungen des bereits oben gebildeten Beispiels verwandt werden.

A. übereignet die ihm von C. überlassene Hündin dem B. unter der auflösenden Bedingung, daß sie in den nächsten sechs Wochen keine lebenden Welpen wirft. Die Bedingung tritt ein und A. erhält die Hündin zurück. — Die Frage, wer jetzt Eigentümer des Hundes ist, ist hier bereits gesetzlich geregelt. § 158 Abs. 2 BGB. schreibt vor, daß mit Eintritt der auflösenden Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts endige und mit diesem Zeitpunkt der frühere Rechtszustand wieder eintrete. Dies geschieht völlig unabhängig von dem Willen der Parteien; es ist also unbeachtlich, daß B. dem A. Eigentum zurückübertragen und A. Eigentümer werden will; denn seit Eintritt der Bedingung ist ja bereits C. wieder Eigentümer des Hundes [1]). Dieses Ergebnis entspricht der oben entwickelten Ansicht und läßt für ihre Anwendung keinen Raum mehr.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man bei einer Anfechtung des dinglichen Rechtsgeschäfts durch einen der Beteiligten. Einer Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Teils auf die den dinglichen Rechtsgeschäften zugrunde liegenden Willenserklärungen steht nichts entgegen. Wird also die ja auch nach § 932 BGB. erforderliche Einigung zwischen dem Nichtberechtigten und dem gutgläubigen Erwerber über den Eigentumsübergang angefochten, so ist das von den Parteien vorgenommene Rechtsgeschäft gemäß § 142 Abs. 1 BGB. als von Anfang an nichtig anzusehen. An den ursprünglichen Eigentumsverhältnissen wird also auch hier, ebenso wie bei dem Eintritt der auflösenden Bedingung nichts geändert; der ursprünglich Berech-

---

1) vgl. v. Tuhr II, 2 § 81, II, 2 S. 312 und insbesondere § 83, III § 322.

tigte wird wieder Eigentümer, während der Nichtberechtigte mit der Übergabe der Sache nur den Besitz zurückerhält [2]). Der Wille der Parteien ist unbeachtlich.

Der gutgläubige Dritte hat zwar auch hier nur auflösend rechtsbedingtes Eigentum in dem oben dargelegten Sinn erworben; zu einem Eintritt dieser Rechtsbedingung kann es bei einer Anfechtung des dinglichen Rechtsgeschäfts aber garnicht kommen, da hier das Eigentum bereits kraft Gesetzes auf den ursprünglichen Eigentümer zurückfällt. Dies steht jedoch der oben entwickelten Ansicht nicht entgegen.

Hiermit sind aber die Fälle, in denen bereits kraft Gesetzes das Eigentum auf den ursprünglich Berechtigten zurückfällt, erschöpft. In allen anderen Fällen besteht nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Gegenkontrahenten zur Rückgewährung der empfangenen Leistungen. So nach Anfechtung des zugrunde liegenden Kausalgeschäftes gemäß § 812 BGB. und insbesondere bei Vornahme der Wandlung (§ 467 BGB.) und Ausübung des Rücktrittsrechts (§ 346 BGB.). § 346 BGB. schreibt wörtlich vor, daß die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet sind, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Nach § 467 BGB. findet diese Vorschrift auch auf die Wandlung Anwendung. Zur Erläuterung diene folgende Abwandlung des hier gewählten Beispiels:

B., der den betreffenden Jagdhund nur auf einer Hühnerjagd kennen gelernt hat, kauft ihn von A., nachdem ihm dieser versichert hat, daß er auch für Jagd auf Hochwild vorzüglich zu gebrauchen sei. B. muß aber bald darauf feststellen, daß dem Hund diese Jagdart völlig unbekannt ist. Als er davon A. Mitteilung macht, erklärt sich dieser bereit, den Hund wieder zurückzunehmen. — Mit der Erklärung des A., den Hund wieder zurücknehmen zu wollen, ist gemäß § 465 BGB. die Wandlung vollzogen und die Parteien sind nach § 467 BGB. mit § 346 BGB. verpflichtet, die empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren. B. müßte also das an dem Hund erlangte Eigentum gegen Rückzahlung des Kaufpreises wieder auf seinen Rechtsvorgänger übertragen; denn durch die Wandlung soll wieder der Zustand hergestellt werden, der vor Abschluß des Rechtsgeschäfts bestanden hat [2a]). Daß allein dies durch die betreffende Vorschrift vom Gesetz bezweckt ist, kann wohl kaum bezweifelt werden. Wäre A. Eigentümer gewesen, so wäre mit der Rückübereignung des Hundes und der Rückzahlung des Kaufpreises der vom Gesetz erstrebte Zustand wiederhergestellt.

Wie verhält es sich nun aber in unserm Fall, wo A. als Nichtberechtigter über den ihm von C. zur Wartung übergebenen Hund verfügt hat? Da das Gesetz nur vorschreibt, daß sich die Parteien

---

2) vgl. v. Tuhr II, 1 § 57, V Anm. 95 (S. 312).
2a) vgl. Staudinger § 467 I, 2a (S. 180) u. a.

die empfangenen Leistungen zurückzugewähren haben, so kommt es bei der vom Gesetz bezweckten Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes lediglich auf den Willen dieser Parteien an. In unserm Fall ist die Rechtslage nun so, daß B. den A. für den ursprünglichen Eigentümer des Hundes hält und ihn dementsprechend mit der Rückgabe des Hundes wieder zum Eigentümer machen will. Da A. auch den Willen hat, Eigentümer des Tieres zu werden, so liegen die Erfordernisse des § 929 BGB. vor und A. müßte also nach Ausführung der Wandlung das Eigentum an dem Hund erlangt haben [3]).

Gegen diese Konstruktion läßt sich rechtlich nichts einwenden, wenn man das Bestehen der durch den § 932 BGB. geschaffenen Lücke und ihre erforderliche, hier vorgenommene Ergänzung leugnet; denn die Vorschriften der Wandlung, bzw. des Rücktritts regeln diesen Ausnahmefall nicht. Trotzdem kann man aber nicht annehmen, daß damit das Gesetz auch einen derartigen Erfolg der vorgenommenen Wandlung billigt, sondern man muß vielmehr feststellen, daß sich der von A. und B. durch die Ausführung der Wandlung geschaffene Zustand mit dem vom Gesetz beabsichtigten im Widerspruch befindet. Denn die Parteien sind verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Zu diesen Parteien gehört nun aber auch C. als Rechtsvorgänger des B. inbezug auf das Eigentum an dem Jagdhund. Dem Gesetze entspräche es also nur, wenn C. mit Ausführung der Wandlung wieder Eigentümer würde! Dies läßt sich aber nicht anders als auf dem hier gezeigten Weg durch die oben dargelegte Ausfüllung der durch den § 932 BGB. geschaffenen Lücke erreichen. Denn nur nach der hier entwickelten Ansicht wird in dem Augenblick der Übergabe des Hundes nicht sein Verkäufer A., sondern der ursprünglich berechtigte C. wieder Eigentümer [4]). Da diese Lösung allein dem § 346 BGB. gerecht wird, ein anderer Weg als der über eine gesetzliche Beschränkung des gutgläubig erworbenen Eigentums zu ihr aber nicht führt, so kann hierin nur eine Bestätigung der oben aufgestellten Ansicht erblickt werden.

---

3) so z. B. Hälbig a.a.O. S. 26.

4a) Zu der gleichen Entscheidung ist Wolff a.a.O. § 69, III (S. 222) gekommen, nach dem sogar auch „ohne gesetzliche Stütze anzunehmen ist, daß (sc. in den hier behandelten Fällen) nicht der veräußernde Nichtberechtigte, sondern der frühere wahre Eigentümer das Sacheigentum wiedererlangt". Wolff begründet seine Entscheidung damit, daß es bereits im römischen und gemeinen Recht so war und es nicht anzunehmen ist, daß das BGB. dahinter zurückschreiten wollte. Diese auch hier gemachte Feststellung kann aber allein nicht als genügend angesehen werden, um einen Rückfall des Sacheigentums an den ursprünglich Berechtigten zu begründen (s. auch oben S. 13).

4b) Planck a.a.O. § 932, N. 4 (S. 382) spricht sich ebenfalls bei den soeben behandelten Fällen gegen einen Eigentumserwerb des Nichtberechtigten aus. Er begründet den Rückfall an den wahren Eigentümer mit der Eigentumsaufgabe des Gutgläubigen („gewissermaßen für Rechnung, wen es angeht"). Dem ist aber entgegenzuhalten, daß wohl in den weitaus meisten Fällen der Dritte auf Grund seines guten Glaubens gerade den Nichtberechtigten zum Eigentümer machen will, da seines Erachtens dies das Gesetz von ihm verlangt. In allen diesen Fällen bleibt für eine Eigentumsaufgabe für

Als nächster Fall der rein schuldrechtlichen Verpflichtung zur Rückübertragung des Eigentums soll die Sicherungsübereignung eines Nichtberechtigten erörtert werden. Zu beachten ist hierbei jedoch, daß der gutgläubige Dritte nur dann Eigentümer wird, wenn ihm die betreffende Sache von dem Nichtberechtigten übergeben worden ist (§ 933 BGB.). Da nun aber eine fiduziarische Übereignung regelmäßig nur deshalb vorgenommen wird, damit der Schuldner im Besitz der Sache bleiben kann, so kann eine wirksame Sicherungsübereignung des Nichtberechtigten nur den Grund haben, sich auf eine bequeme Art und Weise das Eigentum an einer Sache zu verschaffen. Ein arglistiges Handeln des Nichtberechtigten wird hier wohl in den meisten Fällen anzunehmen sein. Es müßte also gerade hier als äußerst unbillig bezeichnet werden, wenn das Gesetz zu einer solchen Handlung eine Handhabe böte. Doch bevor hierauf eingegangen wird, soll erst kurz zu der Sicherungsübereignung selbst Stellung genommen werden, soweit dies für die hier zu erörternde Frage erforderlich scheint.

Obgleich es sich bei der Übereignung zu Sicherungszwecken um eine Gesetzesumgehung handelt, muß man doch eine derartige Übereignung kraft Gewohnheitsrechts als rechtmäßig und wirksam bezeichnen. Es liegt hierbei auch keine Simulation vor, denn die Parteien wollen wirklich, daß Eigentum übergeht. Dritten gegenüber hat auch der Treunehmer die Stellung eines wahren Eigentümers, sodaß seine Verfügung auch bösgläubigen Eigentum verschafft. Dementsprechend muß man auch bei der Sicherungsübereignung einen gutgläubigen Eigentumserwerb des Treunehmers gemäß § 932 BGB. zulassen. Trotz dieser Stellung des Treunehmers hat sich aber gewohnheitsrechtlich durchgesetzt, daß dieses Eigentum dem Treugeber gegenüber in gewisser Weise beschränkt ist. Diese Beschränkung macht sich in erster Linie bei einem Konkurse des Treunehmers bemerkbar; hier steht dem Schuldner gewohnheitsrechtlich ein Aussonderungsrecht an der sicherungsübereigneten Sache zu. Anerkannt ist dieses Vorrecht sowohl in der Literatur, als auch in der Praxis; bei seiner Begründung werden aber verschiedenartige Meinungen vertreten [5]). Ein näheres Eingehen erübrigt sich aber an dieser Stelle, da es sich hier ja lediglich um die Frage handelt, wer Eigentümer der zurückübereigneten Sache wird.

Zugrunde liegt folgender Fall: A. übereignet den Hund des C. seinem Bruder B. zur Sicherung einer Forderung in Höhe von 200 M.

Rechnung, wen es angeht, kein Raum mehr. Damit kann aber diese Lösung nicht mehr als den Erfordernissen des § 346 BGB. genügend angesprochen werden.

Auch Düringer-Hachenburg a.a.O. Vorb. zu § 366 HGB. Anm. 12 (S. 974) verneint dann einen Erwerb durch den Nichtberechtigten, wenn der Rückerwerb im rechtlichen Zusammenhang mit dem ersten Erwerb steht. Eine Begründung aus dem Gesetz gibt aber auch er für diese Ansicht nicht.

5) vgl. hierzu die verschiedenartigsten Begründungen bei: Enneccerus I. § 139, II S. 455 ff.; Dernburg, Bürgerl. Recht I. § 172, III, S. 503; Wolff a.a.O. § 88, V S. 313 und § 163, I, 1d S. 618; Jaeger KO., § 43 Anm. 40 S. 768.

Bei Zahlung dieser Summe erhält er den Hund von B. zurück. Ist A. hierdurch Eigentümer des Hundes geworden? — Für den Fall, daß die Sicherungsübereignung nicht auflösend bedingt war, ist zur Rückübertragung des Eigentums Einigung und Übergabe erforderlich. Beides liegt in diesem Fall vor, sodaß demnach A. Eigentümer des Hundes geworden sein müßte. Allerdings könnte er nur das Eigentum erlangt haben, das B. gehabt hat, sodaß dem wahren Eigentümer auch im Konkurse des A. noch ein Aussonderungsrecht bliebe.

Zu einem solchen Ergebnis kommen sowohl Ewald [6]), als auch Hälbig [7]) und müssen dazu kommen, da bei Nichtbeachtung der durch den § 932 BGB. geschaffenen Lücke rechtslogisch nur diese Entscheidung möglich ist. Wie unbillig es gerade in dem hier behandelten Fall wäre, wenn das Gesetz zu einem solchen Ergebnis eine Handhabe böte, ist bereits oben gekennzeichnet worden. Dies sieht auch K i e h l [8]) ein, obgleich er sich anfangs auf den Standpunkt stellt, daß sich das gutgläubig erworbene Recht in den Händen des Dritten zu einem „vollkommenen" und „rechtsbeständigen" gestalte. Nach ihm kann der Nichtberechtigte, der fiduziarisch ein Recht übereignet hat, dies „nur in eben der Beschaffenheit zu eigner Verfügung wiedererlangen, in der es sich ehemals zur Zeit seiner Verfügung befunden hatte" [9]). Da Kiehl dieses Ergebnis aber nicht aus dem Gesetz zu begründen vermag — denn eine solche Begründung kann nur auf die hier entwickelte Ansicht gestützt werden, die aber Kiehl von vornherein ablehnt —, vermag seine Entscheidung der in dem oben dargelegten Sinn rechtslogischen Begründung von Ewalds und Hälbigs Ansicht nicht standzuhalten.

Abgesehen von der fehlenden Begründung muß aber die Lösung Kiehls als einzig richtige und billige angesprochen werden. Zurückgeführt werden kann sie aber nur wieder darauf, daß der gutgläubige Dritte auch bei einer fiduziarischen Übereignung kein vollkommenes Eigentum erwirbt, sondern daß dieser Erwerb gemäß § 166 Abs. 2 BGB. durch eine Rückübertragung auf den Nichtberechtigten auflösend bedingt ist. Denn der Dritte ist ja durch die fiduziarische Übereignung — gleichgültig ob sie zur Sicherung oder zu Verwaltungszwecken vorgenommen wurde — nach außen hin genau so Eigentümer der Sache geworden, als wenn ihm die betreffende Sache auf Grund eines Kaufvertrages übereignet worden wäre. Nach der hier vertretenen Ansicht ist auch die etwas erzwungene Unterscheidung zwischen einer Übertragung zur Sicherung und einer solchen zu Verwaltungszwecken [10]) überflüssig. In beiden Fällen erwirbt der ursprünglich Berechtigte im Augenblick der Rückübertragung auf den Nichtberechtigten an der betreffenden Sache kraft Gesetzes das Eigentum zurück.

---

6) Ewald a.a.O. S. 258.
7) Hälbig a.a.O. S. 19 und 23.
8) Kiehl a.a.O. S. 787 ff.
9) Kiehl a.a.O. S. 788.
10) vgl. hierzu Hälbig a.a.O. S. 21.

Aus dem gleichen Grunde kann aber auch der Nichtberechtigte kein fiduziarisches Eigentum an der unterschlagenen Sache erlangen. Man denke hierbei an folgenden Fall: A. verkauft den Hund des C. an seinen Bruder, obgleich er weiß, daß dieser nie in der Lage sein wird, den Kaufpreis zu zahlen. Anfänglich gewährt er dem B. eine Stundung von vierzehn Tagen. Nach Ablauf dieser Zeit will A. sich aber dann nur noch weiter gedulden, wenn B. ihm den Hund zur Sicherung übereignet und sich mit der Vereinbarung einer Verfallklausel einverstanden erklärt. B. geht auch auf diesen Vorschlag ein. — Hieraus ergeben sich einige sehr interessante Fragen, deren Beantwortung mit Hilfe der hier entwickelten Lösung versucht werden soll.

Da ja die von B. vorgenommene Sicherungsübereignung eine wirkliche Eigentumsverschaffung sein soll, so ist in dem gleichen Zeitpunkt der Übertragung nach der hier vorgenommenen Auslegung des § 166 Abs. 2 BGB. nicht, wie von den Parteien beabsichtigt ist, A. sondern C. Eigentümer des Hundes geworden. Bei Wirksamwerden der Verfallklausel entstehen hieraus weiter keine Schwierigkeiten, denn damit ist dann wieder derselbe Zustand hergestellt worden, der vor der unberechtigten Übereignung des A. bestanden hatte.

Wie verhält es sich aber, wenn B. zahlt und nun die Zurückübereignung des Hundes von A. (dem Nichtberechtigten) verlangt? — Für einen erneuten Eigentumserwerb des B. ist erstes Erfordernis, daß er auch zu dieser Zeit noch gutgläubig ist; denn er erwirbt ja nach der hier aufgestellten Theorie nicht vom Eigentümer, sondern immer noch von einem Nichtberechtigten. Gleichgültig ist es hierbei, ob diese Rückübereignung auf Grund einer vereinbarten auflösenden Bedingung — was allerdings bei einer Verfallklausel die Regel sein wird — oder gemäß § 929/932 BGB. eintritt. Hat B. in der Zwischenzeit den wahren Sachverhalt erfahren, so ist eine Rückübereignung des sicherheitshalber übertragenen Hundes nicht mehr möglich. Trotzdem kann aber dieses Ergebnis nicht als unbillig bezeichnet werden; denn B. ist in diesem Falle auch nicht zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Allerdings kann er seine Zahlungsverweigerung nicht auf die §§ 320 ff. BGB. in Verbindung mit dem abgeschlossenen Kaufvertrag stützen, da A. ja seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag, nämlich B. das Eigentum an dem Hund zu verschaffen, bereits nachgekommen ist. Durch die danach vorgenommene Sicherungsrückübereignung ist daran nichts geändert worden. Seine Weigerung ist vielmehr nur durch § 273 Abs. 1 BGB. gerechtfertigt, dessen Voraussetzungen in dem hier behandelten Fall gegeben sind. Denn das rechtliche Verhältnis, aus dem B. zur Zahlung verpflichtet ist, ist der mit A. abgeschlossene Kaufvertrag. Hieraus stehen ihm allerdings keine Ansprüche mehr zu, da ja A. seinen Verpflichtungen aus diesem Vertrag bereits nachgekommen ist. Nun ist aber § 273 BGB. nicht nur dann anzuwenden, wenn die Ansprüche auf ein und denselben Vertrag zurückzuführen sind, sondern auch dann, wenn sie auf verschiedenen Verträgen beruhen, aber zwischen

diesen Verträgen ein natürlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang besteht [11]). Letzteres ist aber hier der Fall; denn die Sicherungsübereignung ist auf den Kaufvertrag zurückzuführen, da die Rückübereignung von einer endgültigen Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht worden ist. Es besteht also zwischen beiden, obgleich es sich um ganz verschiedene Verträge handelt, ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang, der die Zahlungsverweigerung des B. völlig rechtfertigt. Es ist jetzt also auch hier wieder die gleiche Rechtslage wie vor der widerrechtlichen Veräußerung des Hundes durch A. vorhanden.

Wie verhält es sich nun aber, wenn A. während dieser Zeit, in der er angeblicher Treunehmer des B. ist, in Konkurs gerät? Kann hier B. als angeblicher Fiduziant oder C. als wahrer Eigentümer oder können beide aussondern? — Auch für die Beantwortung dieser Fragen ist ausschlaggebend, daß nicht A. das von B. übertragene Eigentum erworben hat, sondern dies kraft Gesetzes wieder auf C. zurückgefallen ist. Als wirklicher Treunehmer, worunter doch nur der zu verstehen ist, der das Treuhandeigentum erlangt hat, kann also A. n i c h t angesehen werden. Damit entfällt aber bereits die Hauptvoraussetzung, unter der allein dem Treugeber ein Aussonderungsrecht zuzuerkennen ist, nämlich die, daß sich der Treuhand e i g e n t ü m e r im Konkurse befindet. Eine Ausdehnung des Aussonderungsrechtes auf den vorliegenden Fall ist unangebracht, da es sich bei der Aussonderung des Treugebers um ein völlig regelwidriges Recht handelt, dessen Grenzen unverrückbar sind [12]). Demnach kann also nur C. allein den Hund aus der Konkursmasse des A. kraft des auf ihn zurückgefallenen Eigentums aussondern.

Nach dieser Aussonderung ist die Rechtslage zwischen B. und C. genau so, als wenn C. sich den sicherungshalber übergebenen Hund vor Eintritt des Konkurses von A. zurückgeholt hätte. Dem B. steht gegenüber C. kein Anspruch zu, auf Grund dessen er eine Übertragung des Eigentums an dem Hund verlangen könnte; denn hierzu war ja, da es sich um eine schuldrechtliche Vereinbarung handelt, nur A. verpflichtet.

Hiermit sind die Fälle erörtert, in denen ein Rückerwerb des Nichtberechtigten schon auf Grund des von ihm vorgenomenen Verfügungsgeschäftes in Frage kam. Im nächsten Abschnitt soll die hier entwickelte Ansicht auf ihre Brauchbarkeit bei einem Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten auf Grund eines neuen Kausalgeschäfts geprüft werden.

5. Eigentumsrückerwerb auf Grund eines neuen Kausalgeschäfts.

Als nächstes soll nun untersucht werden, ob sich Bedenken irgendwelcher Art ergeben, wenn der aus § 166 Abs. 2 BGB. abgelei-

11) vgl. Enneccerus I. 2 § 249 I, 1a (S. 84) und RG. Warn. 1917 Nr. 10.
12) vgl. Jaeger § 43 Anm. 41 (S. 769) und Dernburg Pandekten I. § 33, 2b S. 71/72; siehe auch oben S. 15.

tete Gedanke bei einem Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten auf Grund eines neuen Kausalgeschäfts angewandt wird. Daß der § 166 Abs. 2 BGB. selbst einer solchen Anwendung keine Schwierigkeiten entgegensetzt, ist bereits oben gezeigt worden. Denn als wesentlichster Rechtsgedanke ist dem § 166 Abs. 2 BGB. entnommen, daß ein Schlechtgläubiger, sobald er die Willensentschließung eines Gutgläubigen irgendwie beeinflußt hat oder an ihr beteiligt gewesen ist, sich nicht auf die so erworbenen Rechte des Gutgläubigen berufen und daraus wieder für sich irgendwelche Rechte ableiten kann; insoweit ist der gutgläubige Erwerb des Dritten auflösend bedingt. Ob nun dieser Rückerwerb durch Aufhebung des Kausalgeschäftes erfolgt, das der Verfügung des Nichtberechtigten zugrunde lag, oder ob dieses Ziel auf Grund eines neuen Kausalgeschäftes erreicht werden soll, ist für den Eintritt der auflösenden Rechtsbedingung völlig unbeachtlich. Maßgeblich ist hierfür allein, daß die Parteien beabsichtigen, einen Rechtszustand herbeizuführen, der gegen den dem § 166 Abs. 2 zugrunde liegenden Gedanken verstößt. Ein solcher Verstoß kann aber nur durch ein dingliches Rechtsgeschäft vorgenommen werden, für das es aber wieder als Folge seiner Abstraktheit nebensächlich ist, was für ein Kausalgeschäft zugrunde liegt. Hieraus ergibt sich, daß der hier entwickelte Rechtsgrundsatz für seine Anwendung auf den Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten auf Grund eines neuen Kausalgeschäftes keiner Abwandlung bedarf, sondern in seiner oben aufgestellten allgemeinen Fassung bestehen bleiben kann.

Die hier noch vorzunehmende Untersuchung erstreckt sich also lediglich darauf, ob sich bei der praktischen Anwendung dieses Grundsatzes bei einem neuen Kausalgeschäft irgend welche rechtliche Schwierigkeiten oder Unbilligkeiten ergeben. Daß dies bei einem Rückerwerb von dem gutgläubigen Dritten nicht der Fall ist, ist bereits oben gezeigt worden [1]). Wie verhält es sich nun aber, wenn der Dritte die betreffende Sache an einen Vierten weiterveräußert und der Nichtberechtigte von diesem das Eigentum zurückerwerben will?

Eine solche Weiterveräußerung steht der Anwendbarkeit des hier aufgestellten Grundsatzes nicht entgegen. Da der Vierte Rechtsnachfolger des Gutgläubigen ist, so ist das von ihm erlangte Eigentum immer noch das gutgläubig erworbene Recht des Dritten, von dem der Nichtberechtigte gemäß § 166 Abs. 2 BGB. für sich keine Rechte herleiten kann. Es würde also auch in dem Augenblick der Rückübertragung durch den Vierten das Eigentum nicht wie von den Parteien beabsichtigt auf den Nichtberechtigten, sondern kraft Gesetzes auf den ursprünglich Berechtigten fallen; insoweit ist das Eigentum auch in der Hand des Vierten beschränkt.

Es fragt sich aber, ob in dieser Hinsicht nicht ein Unterschied zwischen einem gut- und einem bösgläubigen Vierten gemacht werden muß. Liegt Bösgläubigkeit vor, d. h. kennt der Vierte den wah-

1) vgl. oben S. 16 ff.

ren Sachverhalt, so steht dies zwar seinem Eigentumserwerb nicht entgegen, da er ja an dem gutgläubigen Erwerb des Dritten nicht beteiligt war und nun von einem wahren Eigentümer erwirbt. Unbillig und dem Gedanken des § 166 Abs. 2 BGB. widersprechend wäre es aber, wenn der Nichtberechtigte durch eine solche Zwischenschaltung doch noch sein Ziel erreichen und Eigentum an der von ihm unterschlagenen Sache erwerben könnte. Hier ist die analoge Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB. bedenkenlos zuzulassen. — Ist nun der Vierte gutgläubig, so kann man versucht sein, seinerseits einen in jeder Beziehung uneingeschränkten Eigentumserwerb anzunehmen, da § 936 Abs. 1 und 2 BGB. vorschreiben, daß, wenn eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten (das wäre in unserm Fall der ursprünglich Berechtigte) belastet ist, dieses Recht mit dem Erwerbe des Eigentums durch einen Gutgläubigen erlischt. Nun ist allerdings oben festgestellt worden, daß durch den § 166 Abs. 2 BGB. das Recht eines Dritten — nämlich ein Anwartschaftsrecht des ursprünglichen Eigentümers auf Rückfall des Eigentums — im Sinne des § 903 BGB. begründet wird. Hieraus allein ergibt sich aber noch nicht ohne weiteres, daß dies auch das Recht eines Dritten im Sinne des § 936 BGB. ist, welches durch einen gutgläubigen Erwerb des Eigentums erlischt. Denn § 936 BGB. findet nur bei Rechten Dritter Anwendung, die eine Belastung der veräußerten Sache darstellen; um ein solches Recht handelt es sich in unserm Fall aber nicht. Ein Recht an einer Sache kann nur dann als ein belastendes bezeichnet werden, wenn aus ihm irgend welche Ansprüche gegen den jeweiligen Eigentümer der betreffenden Sache hergeleitet werden können, wie dies in erster Linie bei Nießbrauch und Pfandrecht der Fall ist[2]). Nur solche Rechte erlöschen bei einem gutgläubigen Erwerb des mit ihnen belasteten Eigentums.

Nun stellt aber nicht jedes Recht eines Dritten im Sinne des § 903 BGB. eine Belastung des Eigentums im Sinne des § 936 BGB. dar, was gerade durch den hier behandelten Fall gekennzeichnet wird. Wohl ist das gutgläubig erworbene Eigentum mit dem Anwartschaftsrecht des alten Eigentümers auf Rückfall dieses Eigentums behaftet; geltend gemacht werden kann dieses Recht aber nicht gegen den jeweiligen Eigentümer, sondern zu einem Anspruch wächst es sich erst in dem Augenblick der Rückübertragung dieses Eigentums auf den Nichtberechtigten aus. Von diesem Zeitpunkt an ist aber der Vierte garnicht mehr Eigentümer der betreffenden Sache, sodaß von einer Belastung seines Eigentums nicht gesprochen werden kann. Damit entfällt aber in dem hier behandelten Fall ein Erfordernis des § 936 BGB., sodaß die in ihm enthaltene Bestimmung hier nicht zur Anwendung kommen kann. Es ist also auch der gutgläubige Eigentumserwerb des Vierten von dem Dritten durch eine Rückübertragung des Eigentums auf den Nichtberechtigten auflösend bedingt.

2) vgl. Planck § 936 N. 6; Staub § 366 Anm. 35; Staudinger § 936 N. IV, 2k (S. 491).

Hiergegen macht nun aber Kiehl ein Bedenken geltend, das nicht unerörtert bleiben darf. Kiehl führt aus [3]): „Dem Gesetze liegt sicherlich überall der nämliche Rechtsgedanke zugrunde: nämlich der, durch Anerkennung des rechtsgeschäftlichen gutgläubigen Erwerbers der Verkehrssicherheit zu dienen, diesem Zwecke kann nun aber gleicherart wie auf dem Gebiete des dinglichen Rechts so auch auf dem Gebiete des Schuldrechts — soweit das hier überhaupt in Frage kommt — nur dann völlig gedient sein, wenn der Rechtserfolg des gutgläubigen Rechtserwerbes der ist, daß der Erwerber nicht nur persönlich Schutz gewinnt, daß sich vielmehr das erworbene Recht auch an sich zu einem vollkommenen und rechtsbeständigen in seinen Händen gestaltet. Andernfalls bliebe der Erwerber, wenn er das erworbene Recht weiter übertrüge, immer noch den Gewährsansprüchen seines Nachfolgers ausgesetzt (§ 434 BGB.), und dann könnte man überhaupt nicht mehr davon sprechen, daß er das Recht erworben habe, da im Falle eines wirklichen Rechtserwerbs von Gewährsansprüchen des Rechtsnachfolgers gar keine Rede sein dürfte." Sollte dieses Bedenken Kiehls in dem hier vorliegenden Falle durchgreifen, so würde damit die hier entwickelte Ansicht, daß auch der Eigentumserwerb des Vierten ebenso wie der des gutgläubigen Dritten durch eine Rückübertragung des Eigentums auf den Nichtberechtigten auflösend bedingt sei, nicht unerheblich erschüttert. Nach Kiehl ist ein derart auflösend bedingter Eigentumserwerb deshalb abzulehnen, weil bei einer Weiterveräußerung Gewährsansprüche geltend gemacht werden könnten und man dann überhaupt nicht mehr von einem Erwerbe dieses Rechtes sprechen könnte.

Die Behebung dieses von Kiehl mit Recht geltend gemachten Bedenkens bereitet in dem hier behandelten Fall aber weiter keine Schwierigkeiten. Allerdings schreibt der angeführte § 434 BGB. vor, daß „der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können." Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich aber bereits, daß es sich auch hier wieder nur — wie in dem soeben behandelten Fall des § 936 BGB. — um Rechte Dritter handelt, die gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Ein solches Recht stellt aber das Anwartschaftsrecht des ursprünglich Berechtigten garnicht dar; denn ein Recht in diesem Sinne wird es erst bei Eintritt der Bedingung, also erst im Augenblick des Rückerwerbs des Eigentums durch den Nichtberechtigten. Damit hat sich aber das Bedenken Kiehls erledigt und es kann als festgestellt gelten, daß Gewährsansprüche bei einer Weiterveräußerung des gutgläubig erworbenen Eigentums nicht gegeben sind.

Im Anschluß hieran muß aber auch die Frage einer Prüfung unterzogen werden, ob nicht der Nichtberechtigte bei einem Rückerwerb der von ihm unterschlagenen Sache irgend welche Gewährsansprüche gegen den gutgläubigen Dritten oder dessen Rechtsnachfol-

3) Kiehl a.a.O. S. 778.

ger geltend machen kann. Für diesen Fall ist weniger § 434 BGB. als vielmehr § 433 Satz 1 BGB. maßgeblich. Denn danach wird der Verkäufer einer Sache durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen; das heißt aber für unsern Fall nichts anderes, als daß der gutgläubige Dritte oder dessen Rechtsnachfolger verpflichtet ist, dem kaufenden Nichtberechtigten das Eigentum zu verschaffen. Hierzu sind sie aber nach der oben entwickelten Ansicht nie in der Lage. Trotzdem kommt es aber zu keinen Gewährsansprüchen des Nichtberechtigten oder seiner Rechtsnachfolger, da diesen der § 324 BGB. entgegensteht. Denn der Dritte oder seine Rechtsnachfolger sind aus einem gegenseitigen Vertrag — nämlich dem Kaufvertrag — verpflichtet, dem Nichtberechtigten Eigentum zu übertragen; dies ist ihnen aber auf Grund des § 166 Abs. 2 BGB. nicht möglich, jedoch infolge eines Umstandes, der nicht in ihrer Person sondern in der des Nichtberechtigten zu suchen ist. Denn seinem Eigentumserwerb steht ja allein der Umstand entgegen, daß die betreffende Sache früher einmal von ihm unterschlagen worden ist; dies hat aber nicht sein Verkäufer sondern nur er allein zu vertreten! Die Rechtslage ist jetzt also so, daß der Nichtberechtigte zwar den Kaufpreis zahlen muß, aber wegen des nicht verschafften Eigentums keine Ansprüche gegen den Dritten oder dessen Rechtsnachfolger geltend machen kann. Es ist also auch hier wieder dieselbe Rechtslage eingetreten, die vor der Unterschlagung des Nichtberechtigten bestanden hat, ohne daß diese Lösung rechtliche Schwierigkeiten bereitet oder zu irgend welchen Unbilligkeiten geführt hat.

6. Die §§ 2366, 892 BGB. und § 366 HGB.

Nach den bisher angestellten Untersuchungen hat sich aus den §§ 932 mit 166 Abs. 2 BGB. ergeben, daß der gutgläubige Eigentumserwerb von einem Nichtberechtigten durch die Rückveräußerung an den Nichtberechtigten auflösend bedingt ist. Nun ist aber ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums nicht nur im Rahmen des § 932 BGB., sondern auch auf Grund der §§ 2366, 892 BGB. und § 366 HGB. möglich. Im Folgenden soll daher erörtert werden, ob der aus dem § 166 Abs. 2 BGB. hergeleitete Grundsatz auch auf diese Fälle des gutgläubigen Eigentumserwerbs Anwendung finden kann.

Der § 2366 BGB. schreibt vor, daß zugunsten desjenigen, der von einem Nichtberechtigten (hier: Nichterben), der aber in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand erwirbt, der Erbschein als richtig gilt. Im Grunde genommen liegt hier ein dem § 932 BGB. durchaus ähnlicher Tatbestand vor. Denn während § 932 BGB. denjenigen schützt, der auf Grund der Vermutung des § 1006 Satz 1 BGB. Eigentum erwirbt, gewährt der § 2366 BGB. den gleichen Schutz denjenigen, der auf den durch den Erbschein hergestellten Rechtsschein vertraut. In beiden Fällen liegt also ein gutgläubiger Erwerb von einem Nichtberechtigten vor. Da auch beim Erwerb von einem mit einem Erbschein ver-

sehenen Nichterben lediglich der g u t e G l a u b e des Erwerbers geschützt werden soll, so kann man für diesen Fall aus dem § 166 Abs. 2 BGB. folgern, daß es nicht zulässig ist, wenn sich der Nichterbe irgend jemand gegenüber auf das gemäß § 2366 BGB. von dem Dritten erworbene Recht beruft und daraus für sich Rechte ableiten will. Soweit das Erbrecht nicht eine besondere Regelung vorsieht (z. B. in § 2019 BGB.), findet also der aus § 166 Abs. 2 BGB. abgeleitete Grundsatz auch hier Anwendung; d. h. der gutgläubige Erwerb von einem Nichterben im Rahmen des § 2366 BGB. ist durch die Rückübertragung des Rechts auf den Nichterben auflösend bedingt.

Hier muß jedoch noch eine Frage erörtert werden, die zwar auch beim Rückerwerb durch den Nichtberechtigten im allgemeinen beachtlich ist, die aber wohl hauptsächlich bei einer Verfügung mit nachfolgendem Rückerwerb eines Nichterben auftauchen wird; und zwar ist dies die Frage, inwieweit bei einem Rückerwerb des Nichtberechtigten sein guter, bzw. böser Glaube von Einfluß sein kann. Da diese Frage praktisch hier nur vorkommen wird, ist ihre Untersuchung erst im Rahmen des § 2366 BGB. vorgenommen worden. Gedacht sei hier an folgenden Fall: A. läßt sich auf Grund eines von C. hinterlassenen Testamentes, durch das er zum Alleinerben berufen wird, einen Erbschein ausstellen. B., dem der Sachverhalt soweit bekannt ist, erwirbt von A. einen Jagdhund, der zur Erbmasse gehört. Kurz vor diesem Erwerb ist jedoch bei dem Nachlaßgericht ein weiteres Testament jüngeren Datums eingegangen, durch das der C. den D. als seinen Alleinerben eingesetzt hat. Die Veräußerung des Hundes ist aber von A. vor Einziehung des ihm erteilten Erbscheines vorgenommen worden. — Für den Fall, daß A. von dem Vorhandensein und Inhalt des zweiten Testaments wußte, kann ein Rückerwerb des Eigentums nicht in Frage kommen, da dem der § 166 Abs. 2 BGB. entgegensteht.

Anders verhält es sich dagegen, wenn A. von dem zweiten Testament nichts wußte und ebenso wie B. an sein Erbrecht im Zeitpunkt der Veräußerung glaubte. Hier erwirbt B. unbedingtes Eigentum an dem Hund; denn für ein Eingreifen des § 166 Abs. 2 BGB. bietet dieser Sachverhalt keinen Raum mehr. Wohl sind nach der hier vorgenommenen Auslegung die „bestimmten Weisungen" des § 166 Abs. 2 BGB. gegeben, d. h. A. ist bei dem betreffenden Rechtsgeschäft des B. handelnd beteiligt gewesen. Dies allein genügt aber noch nicht, um den Rückerwerb des Eigentums durch A. auszuschließen; vielmehr muß noch hinzukommen, daß ihm die Umstände bekannt waren, die, wenn sie auch B. gekannt hätte, dessen Eigentumserwerb unmöglich gemacht hätten. Da dies in dem vorliegenden Fall die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Erbscheins oder das Wissen um dessen Einziehung ist, was aber beiden zur maßgeblichen Zeit fehlte, mangelt es an einem Tatbestandsmerkmal des § 166 Abs. 2 BGB. Damit ist jedoch seine Anwendung ausgeschlossen und B. erwirbt unbedingtes Eigentum, dessen Rückerwerb durch A. nur im Falle des § 2019 BGB. nicht möglich ist.

Anschließend hieran sei die gleiche Frage bei Veräußerung und Rückerwerb im Rahmen des § 932 BGB. erörtert. Da der Nichtberechtigte in den weitaus meisten Fällen sein Nichtrecht kennen wird, so wird sie praktisch wohl kaum einmal in diesem Rahmen zur Geltung kommen. Möglich ist eine gutgläubige Verfügung des Nichtberechtigten bei folgendem Sachverhalt: A. ist von C. zu seinem Alleinerben eingesetzt worden und hat diese Erbschaft angenommen. Bei einem Besuche seines Bruders B. bittet ihn dieser, ihm ein wertvolles Buch aus der Erbschaft zu überlassen. Gegen Zahlung eines entsprechenden Preises entspricht A. diesem Wunsch. Wenig später erhält B. aber das gleiche Werk von anderer Seite geschenkt und da A. jetzt selbst Interesse an diesem Buch gewonnen hat, kauft er das aus der Erbschaft stammende zurück. Beim Aufschlagen entdeckt er zu seinem Erstaunen ein Exlibris des D. und erfährt durch Nachfrage, daß sich C. dieses Buch kurz vor seinem Tode von D. geliehen hatte. Wer ist jetzt Eigentümer dieses Buches? Nach Ewald [1]) und Hälbig [2]), die ja teilweise sogar einen Eigentumserwerb des bösgläubigen Nichtberechtigten bejahen, ist der Erwerb des Eigentums durch A. in diesem Falle völlig einwandfrei! Dem ist aber nach der hier entwickelten Ansicht durchaus nicht so ohne weiteres zuzustimmen. Beachtlich ist hierbei Satz 2 des § 166 Abs. 2 BGB., wonach „dasselbe (das heißt hier: die aus Satz 1 abgeleitete Unmöglichkeit des Eigentumsrückerwerbs durch den Nichtberechtigten) von Umständen gilt, die der Vollmachtgeber kennen mußte, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht". Aus der Anwendung dieser Vorschrift auf den jetzt behandelten Fall ergibt sich, daß A. auch dann, wenn er sich selbst für den Eigentümer des Buches hielt, aus dem Eigentumserwerb des B. keine Rechte für sich herleiten kann, sofern die Unkenntnis von seinem Nichtrecht auf grober Fahrlässigkeit beruhte (§ 932 Abs. 2 BGB.). Eine solche grobe Fahrlässigkeit des A. liegt hier aber vor; denn gerade als Erbe mußte er sich sagen, daß auch fremde Gegenstände in der Erbschaft enthalten sein könnten und mußte auf Grund dieser Überlegung vor dem Verkauf des Buches zumindest nachsehen, ob und wessen Name in das Buch eingetragen war. Dieses grobfahrlässige Unterlassen des A. wird gemäß § 932 Abs. 2 BGB. mit § 166 Abs. 2 Satz 2 BGB. genau so gewertet, als wenn er mit dem Bewußtsein seines Nichtrechts gehandelt hätte.

Anders verhielte es sich, wenn das Buch gar keinen Namen enthalten hätte. Da dem A. als Erben nicht zugemutet werden kann, vor Abschluß eines Rechtsgeschäfts über einen Erbschaftsgegenstand dessen Herkunft einwandfrei zu klären, könnte man hier sein Handeln nicht grobfahrlässig nennen, sodaß es dann wiederum an einem Tatbestandsmerkmal des § 166 Abs. 2 BGB. fehlen und B. dementsprechend unbedingtes Eigentum erwerben würde. Dem Rückerwerb dieses Eigenentums durch A. stände, selbst wenn er in der Zwischenzeit den wahren Sachverhalt erfahren haben sollte, nichts im Wege.

1) vgl. Ewald a.a.O. S. 270 f.
2) vgl. Hälbig a.a.O. S. 52 f.

Im letzten Fall muß man sogar noch weiter gehen und einen Eigentumserwerb des Nichtberechtigten auch auf Grund des § 932 BGB. zulassen. Der Sachverhalt ist doch unter Abwandlung des zuletzt gebildeten Beispiels folgender: Der Alleinerbe A. veräußert ein Buch aus der Erbmasse an B., da er sich ohne jede Fahrlässigkeit auf Grund des Erbfalls für den Eigentümer hält. B. weiß aber, daß der Erblasser dieses Buch nur geliehen hatte, kennt also das Nichtrecht des A. und kann aus diesem Grunde kein Eigentum erwerben. Erlangt nun A. dieses Buch auf irgend einem Wege von B. zurück, so glaubt er — wieder ohne jede Fahrlässigkeit — vom Eigentümer zu erwerben und wird kraft dieses guten Glaubens gemäß § 932 BGB., dessen Voraussetzungen hier ja alle gegeben sind, nun wirklich Eigentümer dieses Buches. Aber — wie nochmals betont werden soll — dies trifft nur dann ein, wenn der Nichtberechtigte sich ohne grobe Fahrlässigkeit bei der Veräußerung für berechtigt hielt. Andernfalls kann ein Eigentumserwerb des Nichtberechtigten auf Grund des § 932 BGB. nie in Frage kommen [3]), da er ja bei diesem Sachverhalt nicht einmal imstande ist, vom wirklich Berechtigten Eigentum zu erwerben.

Da die letzten Erörterungen nur notwendige Abschweifungen von dem soeben behandelten § 2366 BGB. waren, sei hier noch einmal — bevor auf den gutgläubigen Erwerb von Liegenschaften eingegangen wird — festgestellt, daß die aus dem § 166 Abs. 2 BGB. entwickelte Ansicht in vollem Umfang auch auf den Erwerb des Eigentums gemäß § 2366 BGB. und dessen Rückerwerb durch den Nichtberechtigten Anwendung findet.

Was nun den § 892 BGB. anbetrifft, so liegt auch hier ein Erwerb von einem Nichtberechtigten vor, der auf Grund des g u t e n G l a u b e n s des Erwerbenden an den durch das Grundbuch vermittelten Rechtsschein zustande kommt. Insoweit ist also gegen eine Anwendung des § 166 Abs. 2 nichts einzuwenden. Fraglich ist nur, ob ein Erwerb des Gutgläubigen unter der durch den § 166 Abs. 2 BGB. vermittelten Rechtsbedingung möglich ist; denn § 925 Abs. 2 BGB. schreibt allgemein vor, daß „eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam ist". Diese Vorschrift kann jedoch für den hier behandelten Fall nicht in Frage kommen, da ja sonst nur ein Eigentumserwerb im Sinne des § 892 BGB. von dem möglich wäre, dem sein Nichtrecht nicht bekannt ist. Eine solche Auffassung stände aber zu § 892 BGB. geradezu in Widerspruch; denn hier wird lediglich verlangt, daß der E r w e r b e r den wahren Sachverhalt nicht kennt.

Dieser sich aus dem § 925 BGB. zwischen den §§ 892 und 166 Abs. 2 BGB. ergebende Widerspruch ist aber nur scheinbar. Denn in Wirklichkeit will der § 925 Abs. 2 BGB. nur den P a r t e i e n die Möglichkeit entziehen, die endgültige Eigentumsregelung bei Grundstücken von dem Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung abhängig

---

3) anders Ewald a.a.O. S. 270/71.

zu machen. Die vom Gesetz selbst aufgestellten Bedingungen, durch deren Eintritt die endgültige Wirksamkeit, bzw. Unwirksamkeit der durch die Auflassung bezweckten Rechtswirkungen geregelt werden soll, fallen nicht unter den § 925 Abs. 2 BGB., sodaß die Wirksamkeit einer rechtsbedingten Auflassung allein von dem Eintritt oder Ausfall der Bedingung abhängt [4]).

Als Beispiel einer aufschiebenden Bedingung sei die Bundesrats-VO. vom 15. März 1918 genannt, nach der die Auflassung eines landwirtschaftlichen Grundstücks über 5 ha Größe der behördlichen Genehmigung bedarf. Wird nun die Auflassung eines solchen Grundstücks vor Erteilung der Genehmigung vorgenommen, so ist ihre Wirksamkeit bis zur erteilten Genehmigung aufschiebend bedingt. Nicht zulässig wäre es in diesem Fall, wenn sich eine Partei unter Hinweis auf § 925 Abs. 2 BGB. auf die Unwirksamkeit der vorgenommenen Auflassung berufen würde.

Ganz ähnlich liegt es aber in dem hier behandelten Fall, nur daß hier nicht eine aufschiebende sondern eine auflösende Rechtsbedingung gegeben ist. Die Wirksamkeit der Auflassung tritt also bereits mit ihrer Vornahme ein, ist aber auf Grund der Vorschrift des § 166 Abs. 2 BGB. durch eine Rückauflassung an den Nichtberechtigten auflösend bedingt. Durch die Wiedereintragung des Nichtberechtigten wird auch hier wieder derselbe Zustand hergestellt, der vor seiner unberechtigten Verfügung bestand, d. h. der Nichtberechtigte ist jetzt wieder den gleichen Ansprüchen des wahren Eigentümers ausgesetzt wie vorher. Gegen den gutgläubigen Dritten und dessen Rechtsnachfolger kann dagegen der ursprünglich Berechtigte nicht unter Berufung auf § 925 Abs. 2 BGB. vorgehen, da diese Vorschrift hier ausgeschaltet und die Auflassung des Nichtberechtigten bei gutem Glauben des Dritten vollwirksam ist. Auch hier erstreckt sich aber die Wirkung der auflösenden Bedingung über die ursprünglichen Parteien hinaus, sodaß ihr Eintritt ebenso durch die Rückauflassung eines Vierten herbeigeführt wird. Da diese Rechtsbedingung aber trotzdem keine Belastung des Grundstückes darstellt, so fällt das durch sie vermittelte Anwartschaftsrecht des ursprünglichen Eigentümers nicht unter ein Recht im Sinne des § 873 BGB., sodaß es zu seiner Wirksamkeit einer Eintragung nicht bedarf; aus dem gleichen Grunde ist auch das Eigentum in der Hand eines gutgläubigen Vierten nicht davon befreit.

Hiermit sind die Möglichkeiten eines gutgläubigen Eigentumserwerbs auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs erschöpft. Da jedoch die Vorschrift des § 932 BGB. durch § 366 HGB. eine Ausdehnung erfährt, soll noch kurz erörtert werden, ob hierdurch eine Änderung der hier entwickelten Ansicht erforderlich wird.

Nach § 366 HGB. wird bei einem Erwerb von einem Kaufmann der Gutgläubige nicht nur dann geschützt, wenn er den Kaufmann für den Eigentümer der veräußerten Sache gehalten hat, sondern auch

4) vgl. Wolff a.a.O. § 61 I. 3 S. 187.

dann, wenn er zwar den Mangel des Eigentums kannte, ihn aber für berechtigt hielt, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen. Aber auch hier ist die wesentlichste Voraussetzung dieses Schutzes der gute Glaube des Erwerbers, sodaß der § 166 Abs. 2 BGB. auch auf diese weitergehende Vorschrift anzuwenden ist.

Nun schreibt § 366 HGB. allerdings vor, daß nur die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, diese weitergehende Anwendung finden. Dies kann aber nicht gegen eine Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB. geltend gemacht werden, da diese Vorschrift sich ja nicht gegen den Gutgläubigen sondern lediglich gegen den Nichtberechtigten richtet, also allein zu dessen Ungunsten besteht. Obgleich es nun auch keine Vorschrift zugunsten des Gutgläubigen ist, so besteht doch eine so enge Zusammengehörigkeit zwischen den §§ 932 und 166 Abs. 2 BGB., daß die Anwendung des einen ohne den anderen nur dort zulässig erscheint, wo dies vom Gesetz ausdrücklich angeordnet ist. Eine solche ausdrückliche Anordnung ist aber in dem § 366 HGB. nicht zu erblicken. Berücksichtigt man weiterhin Art. 2 EGHGB., so können gegen eine Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB. auf den erweiterten Schutz des guten Glaubens in § 366 HGB. keine Bedenken mehr bestehen.

Auch bei einer praktischen Anwendung in diesem Rahmen spricht nichts gegen die hier vorgenommene Auslegung des § 166 Abs. 2 BGB., sondern man kann eine derartige Ausschaltung des Rückerwerbs durch den Nichtberechtigten vom Standpunkt der Verkehrssicherheit nur begrüßen. Man stelle sich folgenden Sachverhalt vor: C. hat bei dem Bankier A. einen größeren Posten Wertpapiere deponiert, ohne sich jedoch seines Eigentums zu begeben und ohne dem Bankier Verfügungsmacht darüber einzuräumen. Trotzdem veräußert A. diese Papiere an den gutgläubigen D., den er als einen sehr vorsichtigen Geschäftsmann kennt. Da A. auch weiß, daß in nächster Zeit ein vorübergehendes Absinken des Kurses dieser Papiere zu erwarten ist, dem jedoch ein erneutes Steigen weit über den jetzigen Kurs folgen wird, will er den D. nur als Mittelsmann für seinen eigenen Eigentumserwerb benutzen. Bei dem ersten Anzeichen eines Sinkens des Kurses erscheint auch D. und bietet dem A. wieder die Papiere an, der sie auch nimmt. — Damit wäre ja nun für C. noch kein erheblicher Schaden entstanden; aber dieses wohldurchdachte Geschäft des A. hat seinen eigenen Beweggrund. Ihm war nämlich bewußt, daß für die nächste Zeit der Zusammenbruch seiner Bank bevorstand. Da nun sein Hauptgläubiger sein Bruder B. war, sollte diesem wenigstens ein Teil seines investierten Kapitals auf Kosten des C. gerettet werden. Denn nach der bisher herrschenden Ansicht ist A. durch den Rückkauf der Papiere Eigentümer geworden, gegen den C. nur schuldrechtliche Ansprüche geltend machen kann. Da auch die Voraussetzungen des § 46 KO. nicht vorliegen [5])

5) vgl. Mentzel a.a.O. § 46, insbes. Anm. 4 (S. 281).

und ebenso keine Anfechtung des von A. vorgenommenen Rechtsgeschäftes möglich ist[6]), so hieße das für C. in diesem Konkurs des A. einen Verlust von zumindest 70% des Wertes der hinterlegten Papiere zugunsten des B. Die Unhaltbarkeit und Unbilligkeit eines solchen Ergebnisses spricht wohl am stärksten gegen diese „rechtslogische" Lösung! A. darf durch seine Unterschlagung nicht einen solchen Rechtserwerb herbeiführen können, auch nicht durch Einschaltung einer gutgläubig u n b e w u ß t e n Mittelsperson. Dies läßt sich aber nur dadurch verhindern, daß man einen im Sinne des § 166 Abs. 2 BGB. beschränkten Eigentumserwerb des Gutgläubigen annimmt, wodurch allein der Rückerwerb des Eigentums an den Wertpapieren durch A. unmöglich wird. In diesem Falle würde wieder C. Eigentümer geworden sein und könnte auf Grund dieses dinglichen Rechtes bei einem Konkurse des A. auch jetzt noch die Papiere aussondern.

Zusammengefaßt ergibt das bisher gefundene Ergebnis folgende Ergänzung des gutgläubigen Eigentumserwerbs durch den § 166 Abs. 2 BGB.:

Der Erwerb des Eigentums von einem Nichtberechtigten auf Grund der §§ 932, 892, 2366 BGB. und 366 HGB. ist gemäß § 166 Abs. 2 BGB. insoweit gesetzlich beschränkt, als er durch eine Rückveräußerung an den Nichtberechtigten auflösend rechtsbedingt ist.

Diese Beschränkung tritt gemäß § 166 Abs. 2 Satz 2 BGB. nicht ein, wenn der Nichtberechtigte im Zeitpunkt seiner Veräußerung sein Nichtrecht nicht kannte; in den Fällen der §§ 932 BGB. und 366 HGB. darf diese Unkenntnis jedoch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen.

7. Erlöschen des Anwartschaftsrechts.

Der bisherigen Abhandlung sind Fälle zugrunde gelegt worden, in denen der Nichtberechtigte über eine f r e m d e Sache verfügte und durch diese Verfügung dem gutgläubigen Dritten Eigentum verschaffte. Nun ist aber auch die — allerdings seltene — Möglichkeit denkbar, daß der Nichtberechtigte keine fremde sondern eine h e r r e n l o s e Sache auf einen Gutgläubigen überträgt und diesen so zum Eigentümer macht. Man denke hierbei an folgenden Fall: Die Pachtzeit des Jagdpächters A. ist abgelaufen. Obgleich er die Jagd nicht wieder erstehen kann und diese an C. verpachtet wird, jagt er doch weiter und verkauft das unrechtmäßig erlegte Wild in der nahe gelegenen Großstadt an seine alten Abnehmer, die ihn immer noch für den Pächter und somit für den Eigentümer des Wildes halten. Der Hauptabnehmer des A. ist der Wildhändler B. Von diesem erwirbt A. eines Tages, wie er es bisher auch schon öfter getan hatte, eine Rehkeule zurück, die von demselben Reh stammt, das er vor ein paar

---

6) vgl. Jaeger, Gläubigeranfechtung S. 22 ff.

Tagen gewildert und an B. veräußert hatte. Ist A. Eigentümer dieses Wildbrets geworden? — Für einen solchen Eigentumserwerb des A. wäre zuerst einmal erforderlich, daß B. gemäß § 932 BGB. Eigentümer des Rehs geworden ist. Dies trifft zu; denn der § 932 BGB. verlangt nicht, daß der Nichtberechtigte über eine f r e m d e Sache verfügt, d. h. über eine Sache, die in irgend jemandes Eigentum steht. Es ist vielmehr nur notwendig, daß dem Verfügenden die betreffende Sache nicht gehört, was ja hier der Fall ist. Auch die Ausnahmen des § 935 Abs. 1 BGB. treffen hier nicht zu, da ja das Reh dem Jagdberechtigten weder gestohlen worden, noch verloren gegangen oder sonstwie abhanden gekommen ist, da A. es in freier Wildbahn erlegt hat. Demnach ist B. kraft seines guten Glaubens Eigentümer des Wildes nach § 932 BGB. geworden.

Fraglich ist aber in einem solchen Fall, ob man noch von einem derivativen Erwerb des B. sprechen kann, wie dies oben im allgemeinen bei dem Eigentumserwerb des gutgläubigen Dritten angenommen worden ist. Stellt man sich auf den von Fr. Leonhard [1]) vertretenen Standpunkt, daß der Jagdberechtigte in dem Zeitpunkt der unbefugten Erlegung des Wildes auf Grund landesgesetzlicher Vorschrift, die nach Art. 69 EGBGB. neben § 958 Abs. 2 BGB. bestehen geblieben ist, Eigentum erworben hat, so bietet die weitere Behandlung dieses Falles keine Schwierigkeiten, da er sich dann in nichts von den oben angeführten unterscheidet. Anders dagegen, wenn man mit der herrschenden Meinung annimmt, daß mit der Erlegung des Rehes durch A. der Jagdberechtigte kein Eigentum erworben hat, sondern das Wild auch noch in der Hand des Wilderers eine herrenlose Sache bleibt. Einem gutgläubigen Eigentumserwerb des Dritten steht dies zwar nicht entgegen, wie soeben gezeigt worden ist, wohl aber einem solchen abgeleiteter Natur. Denn ein derivativer Eigentumserwerb kann nur dort möglich sein, wo zur Zeit des Erwerbes bereits ein Eigentümer vorhanden ist, was aber hier nicht zutrifft. In diesem Ausnahmefall entsteht also durch den guten Glauben des Dritten ganz neues Eigentum, was für den Rückerwerb des Nichtberechtigten sehr beachtlich ist. Denn oben ist dargelegt worden, daß durch die Verfügung eines Nichtberechtigten kein volles Eigentum auf den Gutgläubigen übertragen wird, sondern auf Grund des § 166 Abs. 2 BGB. ein diesem Eigentum entnommenes Anwartschaftsrecht auf Rückfall in der Person des ursprünglich Berechtigten bestehen bleibt. Diese Konstruktion ist jedoch bei einem ursprünglichen Eigentumserwerb des Dritten nicht möglich; denn hier ist ja bei dem Erwerb gar kein Eigentümer vorhanden, zugunsten dessen ein solches Anwartschaftsrecht auf Rückfall des Eigentums bestehen bleiben könnte. Das dem Berechtigten allein zustehende Aneignungsrecht kann nicht mit dem Eigentumsrecht gleichgesetzt werden, da es selbst nur ein Anwartschaftsrecht auf Eigentumserwerb darstellt, das aber auf Grund seiner belastenden Natur bei einem gutgläubigen Eigentumserwerb

1) vgl. Leonhard, Fahrniserwerb S. 114.

restlos untergeht. In einem solchen Fall fehlt demnach das Rechtssubjekt, dessen Schutz der § 166 Abs. 2 BGB. lediglich im Auge hat. Damit entfällt aber auch in dem Fall eines originären Eigentumserwerbes von einem Nichtberechtigten ein wesentliches Tatbestandsmerkmal des § 166 Abs. 2 BGB., wodurch seine Anwendbarkeit unmöglich gemacht wird.

Für den soeben behandelten Sachverhalt ergibt sich daraus, daß der Wildhändler B. unbeschränktes Eigentum an dem von A. erworbenen Reh erlangt hat, da nicht alle Voraussetzungen für ein Eingreifen des § 166 Abs. 2 BGB. bei diesem Erwerb vorlagen. Der Rückübertragung dieses Eigentums und seinem Erwerb durch den Nichtberechtigten steht somit nichts im Wege. A. wird also vollberechtigter Eigentümer des von ihm gewilderten, an B. veräußerten und dann wieder zurückerworbenen Wildes, gleichgültig ob er arglistig handelte, oder ohne jede Fahrlässigkeit sich für berechtigt hielt.

Diese andersartige Regelung des Eigentumsreückerwerbs durch den Nichtberechtigten ist aber nicht nur dann gegeben, wenn der Erwerb des gutgläubigen Dritten sich von Anfang an als ein ursprünglicher darstellt, sondern ein vollwirksamer Rückerwerb des gutgläubig erworbenen Eigentums durch den Nichtberechtigten ist auch in all den Fällen anzunehmen, wo zu dem abgeleiteten Erwerb des Gutgläubigen — sei es früher oder später — ein ursprünglicher Erwerb hinzutritt. Oder negativ ausgedrückt: das an der von einem Nichtberechtigten wirksam veräußerten Sache bestehende Anwartschaftsrecht des ehemals Berechtigten auf Rückfall des Eigentums erlischt, wenn in der Person des gutgläubigen Dritten oder seiner Rechtsnachfolger Umstände eintreten, die einen originären Eigentumserwerb dieser Person rechtfertigen würden. Von diesem Zeitpunkt an ist der Nichtberechtigte — gleichgültig ob er arglistig oder in gutem Glauben an sein Recht zur Veräußerung war — jederzeit in der Lage, von dem gutgläubigen Dritten oder dessen Rechtsnachfolgern vollwirksames Eigentum zu erwerben. Dem ehemals Berechtigten bleiben hier nur seine schuldrechtlichen Ansprüche gegen den Nichtberechtigten.

Diese andersartige Regelung des Eigentumsrückerwerbs durch einer entsprechenden Anwendung der für den einzelnen Fall in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen. So schreibt der § 945 BGB. vor, daß „mit dem Erwerbe des Eigentums durch Ersitzung die an der Sache vor dem Erwerbe des Eigenbesitzes begründeten Rechte Dritter erlöschen". Nun ist zwar eine direkte Anwendung dieser Vorschrift auf den hier behandelten Fall nicht möglich, denn Eigentum hat ja der gutgläubige Dritte bereits durch die Verfügung des Nichtberechtigten erworben. Wohl aber ist bei entsprechender Anwendung daraus zu entnehmen, daß das kraft Gesetzes entstandene Recht des alten Eigentümers auf Rückfall des ihm widerrechtlich entzogenen Eigentums dann erlischt, wenn in der Person des gutgläubigen Erwerbers alle Voraussetzungen einer Ersitzung gegeben sind; denn in dem Fall des § 945 BGB. gehen nicht nur die das Eigentum belastenden Rechte Dritter unter, wie dies bei § 936 BGB. der Fall war, son-

dern alle an der Sache begründeten Rechte Dritter, wozu aber auch das durch § 166 Abs. 2 BGB. hervorgerufene Anwartschaftsrecht des ehemals Berechtigten gehört. Ebenso verhält es sich bei einem Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 946 ff. BGB. Auch hier erlöschen gemäß § 949 und § 950 Abs. 2 BGB. mit dem Erwerbe des Eigentums an der neuen Sache die an dem Stoff bestehenden Rechte. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift führt zu dem gleichen Ergebnis wie bei einem von Anfang an originären Erwerb des gutgläubigen Dritten. Bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 946 ff. BGB. in der Person des Gutgläubigen oder seiner Rechtsnachfolger ist ein Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten durchaus möglich.

Bestätigt wird andererseits eine solche Auslegung dieser gesetzlichen Vorschriften durch den dem § 932 BGB. zugrunde liegenden Gedanken. Durch die Schaffung dieser Bestimmungen sollte neben anderem in erster Linie der gutgläubige Erwerber einer Sache geschützt und besser gestellt werden, als dies im gemeinen Recht der Fall war. Diesem Gedanken würde es aber widersprechen, wenn das Anwartschaftsrecht des alten Eigentümers über gewisse rechtlich erhebliche Momente oder Handlungen des Erwerbers hinaus bis zu seiner eigenen Verjährung an der Sache bestehen bliebe. Wollte man letzteres annehmen, so stünde sich der gutgläubige Dritte in einem solchen Fall besser, wenn er nicht durch die Verfügung des Nichtberechtigten Eigentum erworben hätte, sondern dieser Erwerb erst jetzt auf Grund der neu eingetretenen Tatsachen vor sich ginge. Insoweit rechtfertigt also der § 932 BGB. und die mit ihm zusammenhängenden anderen gesetzlichen Vorschriften des gutgläubigen Eigentumserwerbs die hier vorgenommene entsprechende Auslegung der §§ 945, 949 und 950 Abs. 2 BGB.

Eine solche Lösung entspricht auch am ehesten der Entscheidung, die diese Frage bereits im Römischen Recht gefunden hatte [2]).

8. Die Lösung.

Unter Berücksichtigung der letzten Erörterungen hat sich damit als endgültige Lösung für den Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten ergeben:

Der Erwerb des Eigentums von einem Nichtberechtigten auf Grund der §§ 932, 892, 2366 BGB. und 366 HGB. ist gemäß analoger Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB. insoweit gesetzlich beschränkt, als er durch eine Rückübertragung des Eigentums auf den Nichtberechtigten auflösend rechtsbedingt ist.

Diese Beschränkung tritt nicht ein,

1. wenn der Nichtberechtigte im Zeitpunkt seiner Veräußerung sein Nichtrecht nicht kennt; jedoch darf in den Fällen der §§ 932 BGB. und 366 HGB. seine Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen (§ 166 Abs. 2 Satz 2 BGB.);

---

2) s. o. Seite 3 f.

2. wenn der Eigentumserwerb des Dritten nicht abgeleiteter sondern ursprünglicher Art ist.

Diese gesetzliche Beschränkung des Eigentums erlischt, wenn in der Person des gutgläubigen Dritten oder seiner Rechtsnachfolger die Voraussetzungen eines ursprünglichen Eigentumserwerbs (Ersitzung, Verarbeitung u. a.) eintreten.

LEBENSLAUF

Geboren wurde ich am 25. Dezember 1908 in Bietikow (Kreis Prenzlau U/M.) als Sohn des Oberinspektors Karl Köller und seiner Ehefrau Martha. 1915 kam ich auf die Vorschule des humanistischen Gymnasiums in Prenzlau und besuchte dann dort anschließend das humanistische Gymnasium. Ohne Schulwechsel bestand ich im Jahre 1928 in Prenzlau die Reifeprüfung.

Im gleichen Jahre begab ich mich zum Studium der Rechtswissenschaft nach Marburg. Während meiner Studienzeit in Marburg nahm ich neben anderen an Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren Manigk, Mezger, Jung, Leonhard und Genzmer teil. Mein fünftes Semester verbrachte ich in München und hörte dort neben anderen die Herren Professoren Frank und Kisch.

Im Dezember 1932 bestand ich in Kassel die erste juristische Staatsprüfung und wurde im März 1933 zum Referendar im Bezirk des Kammergerichts ernannt.